

THÈSE DE

NANCY.

1892

N^o. 2.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DE

L'INTERDIT « UTRUBI »

EN DROIT ROMAIN

DE

LA PUISSANCE PATERNELLE

ET DE SES CAUSES D'EXTINCTION

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

A. DAUPLEIX

AVOCAT A SAINT-MIHIEL

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le *Vendredi 20 Mai 1892*, à 4 heures du soir.

Président : M. Paul LOMBARD, *professeur*.

Suffragants : { MM. LEDERLIN, *professeur*, doyen.
GARDEIL, id.
BOURGART, id.

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les
autres matières de l'enseignement.

NANCY

TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND

PASSAGE DU CASINO

1892.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DE

L'INTERDIT « UTRUBI »

EN DROIT ROMAIN

DE

LA PUISSANCE PATERNELLE

ET DE SES CAUSES D'EXTINCTION

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

A. DAUPLEIX

AVOCAT A SAINT-MIHIEL

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le *Vendredi 20 Mai 1892*, à 4 heures du soir.

Président : M. Paul LOMBARD, *professeur*.

Suffragants : { MM. LEDERLIN, *professeur*, doyen.
GARDEIL, id.
BOURCART, id.

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les
autres matières de l'enseignement.

NANCY

TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND

PASSAGE DU CASINO

1892.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. LEDERLIN, ✱, I 🌿.

Doyen honoraire : M. JALABERT ✱, I 🌿.

MM. LEDERLIN ✱, I 🌿, Professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

LOMBARD (Ad.) ✱, I 🌿, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit international public.

LIÉGEOIS, I 🌿, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours de Droit administratif (Matières spéciales).

BLONDEL, I 🌿, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I 🌿, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I 🌿, Professeur de Code civil.

GARNIER, I 🌿, Professeur d'Économie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I 🌿, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A 🌿, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A 🌿, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution.)

BOURCART, A 🌿, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAVET, A 🌿, Professeur d'Histoire du droit.

CHRÉTIEN, A 🌿, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé et du cours de Législation commerciale comparée.

LACHASSE, I 🌿, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

DROIT ROMAIN

BIBLIOGRAPHIE

Théorie générale des interdits en droit romain par E. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris. (Durand, 1865).

Eléments de droit romain, par M. G. May, professeur à la Faculté de droit de Nancy. Paris, 1890.

Cours de droit romain par Charles Maynz, professeur de droit romain à la Faculté de Liège. 3 vol. Paris, 1874.

L'esprit du droit romain, par R. von Ihering, professeur ordinaire de droit romain à l'université de Goettingen, traduit par O. von Meulenaere. Paris, 4 vol. 1880.

Institutes de Gaius d'après l'apographum de Studemund, par M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy. Paris, 1881.

Explication historique des Institutes de Justinien, par Ortolan, professeur à la Faculté de droit de Paris. 3 vol. Paris, 1863.

Précis de droit romain contenant l'explication des Institutes de Justinien, par C. Accarias, 2 vol. Paris, 1872.

De Savigny, *Traité de droit romain*, traduit de l'allemand, par M. Guenoux, 8 vol. 1855 à 1860.

THÈSES

- 1° *Des Interdits possessoires*. Michoud. Grenoble, 1880.
- 2° *De l'Interdit uti possidetis et de l'Utrubi*. Canu. Caen. 1875.
- 3° *De l'Interdit Utrubi*. Toutain. Caen. 1888.
- 4° *Des Interdits uti possidetis et utrubi*. Bourcart. 1880.



DROIT ROMAIN

DE L'INTERDIT « UTRUBI »

CHAPITRE PREMIER

I^{re} SECTION

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA « POSSESSIO »

L'interdit *utrubi* a pour but de protéger la possession des choses mobilières ; il est aux meubles ce que l'interdit *uti possidetis* est aux immeubles. Il rentre dans la catégorie des interdits possessoires que les jurisconsultes romains ont désignée sous le nom d'*interdicta retinendæ possessionis* (§ 4, I. L. 4, T. 15) ; aussi est-il nécessaire pour apprécier le rôle que l'*Utrubi* a joué, de donner dès le seuil de ce sujet quelques notions générales sur la *possessio* telle que les Romains l'ont conçue. Outre l'intérêt historique qui s'attache à cette étude, nous ne pourrions fructueusement sans elle, indiquer d'une façon nette et précise les situations auxquelles s'applique notre interdit et les règles de fond et de forme auxquelles il a

été soumis aux différentes époques de la jurisprudence romaine.

La possession au sens général du mot est le fait d'avoir une chose à sa libre disposition. L'étymologie du mot exprime cette idée : *posse* veut dire pouvoir. Cette étymologie nous paraît plus rationnelle et moins torturée que celle proposée par certains jurisconsultes affirmant que *possessio* vient de *pes* ou encore de *a pedibus*. (L. 1 pr. D. de acq. pos. 41, 2.) Jusqu'ici nous ne sommes qu'en présence d'un fait qui est la simple détention ; mais si à cet élément matériel vient se joindre un élément intentionnel, — l'*animus* ou volonté de se comporter à l'égard de la chose comme si elle appartenait à la personne qui a déjà le *corpus*, — à la simple détention succède alors la possession juridique qui se définit : le fait par une personne d'avoir une chose à sa libre disposition et de pouvoir repousser toute volonté étrangère à la sienne. La *possessio* comprend donc deux éléments, l'un le *corpus*, l'autre l'*animus rem sibi habendi*, que nous allons maintenant passer en revue.

Nous venons d'indiquer plus haut en quoi consiste le *corpus* ou élément matériel de la possession : mais encore faut-il que cet élément soit lui-même revêtu d'une intention plus ou moins vague et perceptible pour constituer à lui seul la détention, c'est la volonté de détenir ou *affectio tenendi* (1). Les anciens auteurs prenant à la lettre le mot *corpus* prétendaient que la détention n'existait réellement qu'en présence d'un contact matériel de la personne avec la chose. Il en résultait ainsi qu'une chose ne pouvait être détenue par une personne, que lorsque

(1) Voir M. Bourcart, thèse p. 1.

celle-ci avait exercé sur cette chose tous les actes de jouissance qu'elle comporte. Ainsi cette personne n'aura le *corpus* sur un esclave, sur un livre, sur toute chose mobilière, en général que lorsqu'elle pourra les toucher, les déplacer ; mais il est certain que cette exigence qui a dû se rencontrer au début du droit, avait complètement disparu à l'époque classique. A ce moment la règle peut se formuler ainsi : le contact matériel et immédiat n'est plus nécessaire ; il faut et il suffit que la possibilité de pouvoir exercer des actes d'appréhension matérielle sur la chose existe. Le jurisconsulte Paul donne à cet égard un exemple frappant : s'il était nécessaire, dit-il, d'avoir touché la chose que l'on prétend posséder, il faudrait être entré en contact matériel avec toutes ses parties, ce qui serait ridicule dans la plupart des cas. La possession n'exige donc pas que l'on ait mis le pied sur toutes les mottes de terre d'un immeuble, mais simplement qu'on puisse à un moment quelconque mettre en mouvement la faculté que l'on a sur la chose.

Comment garde-t-on cette faculté, en quoi consiste la *custodia* du possesseur ? On a défini la *custodia* une sorte de surveillance artificielle que le possesseur exerce au moyen d'aménagements spéciaux. Un exemple fera saisir plus facilement la notion de la *custodia*. Aulus est propriétaire d'une maison dans laquelle sont renfermés différents objets mobiliers ; tout ce que contient la maison est sous sa garde, sous sa surveillance. La *custodia* lui maintient le bénéfice de la possession. Aulus sort de sa maison : les objets qu'elle abrite seront toujours sous sa *custodia* ; ils le seront encore pendant son sommeil, pendant sa maladie. Survienne une ignorance absolue de l'existence de ces objets comme il arrive dans l'hypothèse du trésor, et

alors la *custodia* disparaîtra. Mais remarquons que l'on ne peut à cet égard poser de règle fixe et précise ; les circonstances seules permettront dans chaque espèce d'apprécier si l'*affectio tenendi* existe ou fait défaut.

L'acquisition du *corpus* se réalise en général par un fait d'appréhension qui rend manifeste la possibilité de pouvoir user de la chose à l'exclusion de toute volonté étrangère. Mais la nécessité de cette appréhension n'est pas toujours absolue, et à cet égard il y a lieu de distinguer selon que la possession n'a encore appartenu à personne ou selon qu'elle passe d'une tête sur une autre.

Plaçons-nous dans la première hypothèse et supposons un animal sauvage. Aucun homme n'a sur lui de droit tant qu'il est en liberté. Capturons-le à la chasse, il ne nous appartiendra que lorsque de notre part nous l'aurons mis dans l'impossibilité de s'échapper. A ce moment notre volonté personnelle de le détenir sera manifeste et de plus exclusive. Dans ce cas un contact physique aura donc été nécessaire pour rendre valable notre prétention. Dans la seconde hypothèse au contraire, le contact matériel n'est pas absolument nécessaire et l'affirmation du nouveau possesseur de la chose n'a pas besoin d'être aussi énergique. Pour que le *corpus* change de main, il suffit, disent les textes, que la chose que nous désirons puisse être placée sous nos yeux et que nous l'embrassions du regard : « *non corpore et actu necesse apprehendere possessionem sed etiam oculis et affectu.* » L. 1, § 21, D 41. 2. Cependant une condition est généralement imposée par les textes : il faut que la chose soit présente, ce qui rend impossible au même moment l'appréhension d'un même *corpus* par deux personnes différentes.

Ici se place naturellement une observation relative à la théorie des anciens commentateurs du *Droit romain* qui,

s'emparant de certaines lois, prétendaient expliquer ce dernier résultat au moyen d'une tradition symbolique (1). Certains signes auraient d'après eux remplacé le contact réel avec la chose. Cette théorie juridique n'est plus admise aujourd'hui depuis les travaux savants de de Savigny. Cet auteur professe que le *corpus* est indubitablement acquis quand le possesseur a ou croit avoir la possibilité physique d'exercer ses droits sur la chose. Ihéring conteste cette théorie et soutient qu'elle est insuffisante pour expliquer un certain nombre d'hypothèses envisagées par les textes. Pour lui, le *corpus* n'est que la preuve de l'*animus* et c'est à ce titre seulement qu'il est exigé.

Le Droit romain avait admis en matière de possession une exception notoire à ses principes de la représentation dans les actes juridiques. Le *corpus* peut en effet être réalisé par un étranger ; *corpore nostro, corpore etiam alieno possidemus*. C'est le contre-pied de la règle générale du Droit romain, tout au moins à une certaine époque, *per extraneam personam nihil adquiri potest*. On possédera donc par l'intermédiaire d'un tiers, d'un dépositaire, d'un commodataire, d'un locataire, etc... L'explication de cette dérogation proposée par les commentateurs est très simple. La possession étant un fait plutôt qu'un droit, *plurimum facti*, il importe donc peu en réalité que ce soit *Primus* ou *Secundus* qui détienne la chose, pourvu toutefois qu'aucune contestation ne se pose sur la question de savoir dans l'intérêt de quelle personne la chose est appréhendée. On conçoit ainsi facilement pourquoi les principes du Droit romain ont fléchi sur ce point.

(1) L. 79, D. 46, 3. Voir Machelard p. 156.

Le deuxième élément constitutif de la possession est l'*animus rem sibi habendi* ou volonté de la personne qui détient de se comporter en maître à l'égard de la chose. Peu importe que cette personne n'ait pas le droit d'agir ainsi ou qu'elle sache ne devoir jamais devenir propriétaire ou qu'elle ait même volé la chose ou ait usé de violence, elle n'en sera pas moins possesseur. L'*animus* ne se traduit pas par la conviction que l'on a d'être propriétaire, mais par la volonté de détenir la chose pour soi. La réunion de ces deux éléments *corpus* et *animus* constitue la possession ; si l'*animus* vient à faire défaut, on ne se trouve qu'en présence d'un simple détenteur. Disons de suite que longtemps le *Droit romain* n'a pas admis la représentation de la personne pour l'acquisition de l'*animus* qui doit être personnel. Mais cette règle a subi elle-même certaines dérogations et à l'époque classique on reconnaît que les administrateurs légaux des biens des mineurs et des personnes morales comme les cités peuvent acquérir au nom de leurs représentés et même à leur insu. De même le mandataire investi d'un pouvoir spécial acquiert la possession à son mandant au moment où il exécute le mandat ; même règle pour le *dominus* des *alieni juris*, relativement à l'administration des biens du pécule. L'*animus* est impossible dans la personne des *alieni juris* en dehors de leur pécule, dans la personne des *furiosi*, des *infantes*, de tous ceux qui détiennent au nom d'autrui comme les commodataires, les locataires, les usufruitiers, etc... A ces derniers s'applique la maxime connue *nemo potest sibi mutare causam possessionis*.

Maintenant que nous avons fait l'analyse des deux éléments qui constituent la possession en général, il importe de tenter de préciser les sens différents qu'a revêtus dans

le Droit romain le mot possession. Sur ce point la terminologie est flottante et incertaine et les difficultés surgissent à chaque pas. Elles se sont encore accrues par ce fait que les commentateurs eux-mêmes ont proposé d'autres dénominations, ce qui rend plus grande encore la confusion. Aussi nous efforcerons-nous de préciser les définitions, écartant par avance l'étude approfondie de cette terminologie, qui sortirait incontestablement du cadre de notre étude.

En premier lieu les textes font allusion à une *possessio naturalis*. A l'examen, on s'aperçoit de suite que cette expression s'est appliquée à deux hypothèses complètement différentes et sans aucun rapport entre elles. Dans un premier sens la *possessio naturalis* désigne la possession caractérisée par l'existence de l'élément matériel seul. Extérieurement et suivant les apparences, les personnes qui ont une telle possession, semblent posséder, mais en réalité elles ne possèdent pas, car elles n'ont pas cette volonté ni cette intention ; l'*animus rem sibi habendi* leur fait défaut. Juridiquement et suivant les données que nous avons admises comme certaines, on est alors en présence d'une détention pure et simple. A un autre point de vue, la *possessio naturalis* désigne la possession incapable de mener à l'usucapion, mais mettant le possesseur en situation d'invoquer victorieusement les interdits. De sorte qu'en résumé l'expression *naturalis possessio* rappelle tantôt la simple détention, tantôt la *possessio ad interdicta*. Et cependant les romanistes discutent la question de savoir si l'on doit considérer comme *possessio civilis* ou *possessio naturalis* la *possessio ad interdicta*. Quelquefois la possession que nous envisageons surtout dans cette étude n'est accompagnée d'aucun qualificatif la spécialisant et la distinguant d'une

autre ; elle vise plus souvent la *possessio ad interdicta*, bien que l'expression « *in possessione esse* » veuille dire simplement détenir.

Possessio civilis est un terme que l'on rencontre peu dans les textes. D'après la théorie de de Savigny, la *possessio civilis* n'appartient qu'à la personne qui a le droit de prétendre à l'usucapion. Or, pour usucaper il faut *justa causa* et *bona fides*. *Possessio ad usucapionem* serait ainsi d'après ce savant auteur synonyme de *possessio civilis* ; chaque fois que l'usucapion serait impossible, la possession serait *naturalis*. Signalons en passant que cette théorie est contestée par un certain nombre d'auteurs qui objectent à de Savigny les textes qui emploient très rarement cette épithète de *possessio civilis*.

Dans l'échelle de la perfection, la possession parcourt plusieurs échelons : elle est *bonæ fidei* quand le possesseur croit qu'il est propriétaire ; elle est *cum justa causa* quand le mode d'acquisition est susceptible d'opérer transmission de propriété. Mais entre ces deux conditions, *bona fides* d'une part et *justa causa* d'autre part, il n'y a pas de lien forcé ; l'une peut exister en l'absence de l'autre. Lorsqu'elles sont réunies, la possession est alors arrivée à sa plus grande perfection.

Terminons ces explications sur la terminologie si peu nette et si peu satisfaisante des Romains par une très courte observation relative à certains cas de « possession dérivée » suivant l'expression même employée par de Savigny. On désigne sous ce nom la possession du créancier gagiste, du précariste, de l'emphytéote et du séquestre. Ces espèces offrent une particularité : l'*animus domini* fait défaut à ces possesseurs auxquels le droit romain reconnaît une possession apte à leur donner la ressource des interdits. Voici à cet égard comment s'exprime

M. Machelard (1) : « La controverse a roulé principalement en ce qui concerne le *pignus* et le *precarium*, double hypothèse dans laquelle se rencontre cette circonstance, que la possession est attribuée à des personnes qui n'aspirent point à l'*animus domini*. » Et plus loin le même auteur n'hésite pas à exprimer en toute franchise, le peu d'intérêt que présentent en réalité ces discussions de termes juridiques. Bien que la discussion élevée à ce sujet nous paraisse manquer d'intérêt pratique et se réduise à peu près à une question grammaticale qui n'a d'autre mérite que d'essayer d'établir que les Romains, ce qui est fort douteux, ont toujours rigoureusement attaché un sens unique au mot possession, nous ne pensons pas devoir absolument négliger un débat sur lequel il a été longuement écrit surtout chez nos voisins d'outre-Rhin..... »

Comment se perd la possession, telle est maintenant l'étude que nous devons rapidement esquisser. La possession consistant dans la réunion de deux éléments, le *corpus* et l'*animus*, si l'un d'eux vient à faire défaut, la possession se trouve anéantie, puisque l'un de ses éléments constitutifs disparaît. C'est là la règle du droit primitif. Le *corpus* est gardé chaque fois que la chose reste à notre libre disposition ; il n'est pas nécessaire qu'une appréhension de tous instants soit exercée, car il faut et il suffit qu'à un moment donné nous puissions avoir la libre disposition de cette chose qui jusque-là est restée sous notre *custodia*. Le *corpus* disparaîtra quand un tiers prendra la chose et apportera ainsi un empêchement à la faculté que nous avions antérieurement. Quant à l'*animus*, il ne

(1) Machelard, p. 165.

se perd pas de lui-même ; il est nécessaire, en effet, qu'un acte contraire intervienne, manifestant ainsi la renonciation de la personne à considérer la chose comme sienne ; l'*animus* suppose donc une abdication.

On connaît la théorie des *saltus æstivi* et *saltus hiberni* ; la jurisprudence romaine n'avait pas tardé à étendre cette règle pleine de sagesse et toute de pratique à tous les immeubles en général, dont la possession subsista désormais *animo solo*. Mais que dire de la possession des meubles qui nous concerne plus particulièrement ? Théoriquement nous prétendons qu'entre les meubles et les immeubles, concernant le maintien de la possession, il ne devrait y avoir aucune différence dans les règles posées par le droit, bien qu'en fait on comprenne facilement que la possession mobilière soit constamment exposée à changer de sujet, en raison même de l'extrême mobilité des meubles. La règle primitive subsista à l'égard de ces derniers et la prise de possession par un tiers occasionna toujours la dépossession indépendamment de la persistance de l'*animus* seul. A cette règle une exception fut cependant apportée par Justinien, relativement aux meubles transmis par un détenteur infidèle. En résumé on peut dire qu'autant il était difficile de perdre la possession immobilière, autant par contre était fréquente la dépossession mobilière, ce qui peut paraître étrange, en raison surtout de l'assimilation constante dans le droit romain des règles relatives aux meubles et aux immeubles. Ne peut-on pas en vérité se demander s'il n'y a pas là un manque de logique de la part du droit romain qui se montre plus favorable à la possession immobilière qu'à la possession mobilière, alors que cette dernière semble exiger plus impérieusement son active intervention ?

II. SECTION

PROTECTION ACCORDÉE A LA POSSESSION PAR LE PRÉTEUR.

Ce serait commettre une erreur grave de croire que le droit civil n'ait pas reconnu la possession et ne lui ait pas attribué quelques effets juridiques. Ce qui le démontre d'une façon irréfragable, c'est la loi des Douze Tables elle-même, le plus ancien des monuments législatifs de Rome. On y voit que la possession revêtue de certains caractères peut conduire à l'usucapion. Le droit civil reconnaissait donc une certaine valeur à ce simple fait ; bien plus, dans certaines hypothèses données, il lui permettait d'engendrer la propriété quiritaire. Et cependant il importe de faire remarquer que les Romains ont toujours distingué nettement la propriété de la possession, sans méconnaître toutefois les liens qui les rattachaient l'une à l'autre, la possession étant le plus souvent la manifestation extérieure de la propriété. Mais si le préteur a protégé la possession, ce n'est pas surtout en vue de la propriété ; il a considéré principalement l'intérêt de la possession elle-même, en tant qu'elle constitue un fait juridique dont il fallait tenir compte.

Quelles ont été les raisons qui ont porté le droit prétorien dans cette voie, ou autrement, comment expliquer que le préteur ait songé à attribuer des effets juridiques à un simple fait ? De nombreuses réponses à cette question ont été proposées, et certes elles sont toutes plus ingénieuses les unes que les autres. Nous n'entrerons pas dans un examen détaillé des nombreux systèmes qui se

sont fait jour et notamment parmi les romanistes allemands ; quelques mots sur chacun d'eux suffiront amplement. Signalons en passant la complète connexité entre la question de la protection de la possession et la recherche de l'origine des interdits. Il ne peut en être en effet autrement puisque ce dernier problème rentre dans le premier comme l'espèce dans le genre. Aussi serait-ce de notre part une véritable répétition, que d'examiner dans quelques instants à propos de la marche générale de l'interdit les différents systèmes que l'on a proposés dans le but d'expliquer son rôle, sa procédure bizarre, son utilité et la raison même de sa création. Cette question se trouvera ainsi résolue par avance.

Selon de Savigny, la possession en tant que fait a été l'objet de la sollicitude du prêteur pour deux raisons. La première est d'ordre public, car il importe dans une société qu'aucun citoyen ne se permette de se faire justice à soi-même. La seconde est tirée de considérations d'ordre privé : « Cette raison, M. de Savigny la trouve dans le
« respect de la volonté humaine dans sa manifestation
« extérieure, c'est-à-dire de la personnalité. Sans doute
« la volonté n'est point par elle-même un droit, on ne
« peut s'en servir comme d'un manteau destiné à couvrir
« toutes les injustices ; cependant c'est en somme la
« volonté que l'on respecte au fond de tous les droits et
« la logique aussi bien que le bon sens nous indiquent
« qu'elle doit être protégée dans toutes ses manifestations,
« à moins de considérations d'un ordre supérieur (1). »

Et c'est en partant de ce point de vue que de Savigny déduisant une à une toutes les conséquences juridiques

(1) M. Bourcart, p. 12.

des principes par lui posés, en arrive à dire que l'interdit a le caractère d'une action *ex delicto*, pour cette raison qu'il a pour but de remédier à une atteinte portée à la possession ; et si l'on va même plus avant au fond des choses, on trouve dans le rôle du prêteur l'intention manifeste et évidente de protéger la propriété. Cette théorie originale de l'intervention du prêteur n'a pas été admise par tous les auteurs et bien qu'à notre avis elle soit une des plus satisfaisantes qui aient jamais été données, il y a cependant une grave objection qui lui est faite. De Savigny ne peut pas expliquer avec son système le caractère réel que nous reconnaissons à certains interdits et notamment à l'*Utrubi*, puisqu'il pose en thèse générale que c'est la violence personnelle qui est réprimée par le prêteur au même titre qu'un délit.

Ihéring donne une autre explication, à laquelle on peut faire de sérieuses critiques : elle n'est vraie qu'en partie, et elle n'est pas assez générale. En outre on peut dire qu'elle ne rend pas compte des efforts du droit à l'origine, mais se place à tort à une époque où l'élan était donné et où en quelque sorte le prêteur, concevant mieux la science du droit, tirait plus facilement et avec plus de sens pratique les conséquences juridiques des principes dont on n'avait pas pu au début apprécier toute l'importance et l'utilité, à raison même du peu d'avancement de la civilisation et du petit nombre des besoins sociaux. Ihéring énonce son système en disant que la possession est la position avancée de la propriété et c'est comme telle que le prêteur la protège. La possession est donc reconnue par le prêteur dans le but d'assurer la fixité de la propriété. Nous doutons fort que telles aient été au début du droit les idées romaines.

Gans et Puchta assignent à la protection de la possession une base entièrement philosophique : le droit de la personnalité appliqué à la soumission matérielle des choses. C'est, on le voit, une partie seulement du système de de Savigny et à plus forte raison la proposition formulée par ces auteurs doit-elle être l'objet de critique.

Enfin on a dit que les Romains s'étaient placés à un point de vue moins élevé, plus terre à terre, si nous pouvons nous exprimer ainsi, que les romanistes modernes ; leur esprit pratique leur avait inspiré l'idée de protéger la possession, car celle-ci produisant certains avantages appréciables, il était naturel que le possesseur ne pût pas être dépouillé sans raison et qu'il ne fût pas ainsi à la merci de tous (1).

(1) M. Toutain, pages 8 et 9.

CHAPITRE II

Notions générales sur les interdits.

I^{re} SECTION

ORIGINE DES INTERDITS

Le rôle qu'a joué le préteur n'apparaît nulle part d'une façon aussi manifeste, aussi évidente, avec un esprit pratique aussi profond, que dans la matière des interdits qui sont une institution complètement prétorienne. Papien dans un texte célèbre a décrit l'influence exercée sur le droit par le magistrat qui, s'inspirant constamment des besoins du moment, a su créer peu à peu, pierre par pierre, un monument législatif spécial à côté du droit civil, *vel adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*, comme disent les textes. Faisons remarquer de suite que les interdits sont donnés par le préteur lorsque le droit civil est muet et à cet égard il n'y a aucune témérité à généraliser cette proposition, car jamais l'action du droit civil ne fit double emploi avec l'interdit. C'est donc surtout en suppléant aux lacunes du droit civil que le préteur s'est affirmé dans cette matière, alors que dans d'autres parties du droit, on le voit sans heurter cependant de front les institutions du droit civil, les corriger, les modifier à l'aide soit d'actions prétorienes, soit d'exceptions. Quel était à l'origine, au point

de vue qui nous intéresse, le rôle de ce magistrat ? Au début, il indiquait dans son édit l'interprétation du droit civil qu'il entendait adopter pendant l'année de ses fonctions. Jusqu'ici il ne faisait que garantir l'exécution du droit civil auquel il ne portait pas encore la moindre atteinte ; mais peu à peu pour différentes causes il en vint à agrandir et à transformer son rôle. A partir de ce moment on peut dire qu'il corrige le droit civil ; et après en avoir été le gardien selon l'expression de Cicéron, il en devient quelquefois l'adversaire. Un certain nombre de situations juridiques n'avaient pas été protégées par le droit civil ; dès lors en présence de ces espèces qui se rencontraient constamment dans la pratique, le préteur fut amené à édicter certaines mesures qui devaient combler les lacunes du droit civil. C'est là l'origine des interdits.

Le préteur prit la voie de l'interdit, car il ne pouvait pas au début créer d'action ; pendant quelque temps en effet il n'eut pas le *jus edicendi*, c'est-à-dire le droit de donner par avance des règles générales applicables à toute une série d'hypothèses. Ce n'est en effet qu'à partir de l'année 507 de la fondation de Rome qu'on lui reconnut ce droit.

En même temps que le préteur édictait une règle, il en assurait l'exécution par une sanction qui est alors l'action prétorienne.

Tant que le *jus edicendi* ne lui a pas été accordé, il n'a donc pu créer d'action, puisque c'eût été de sa part poser des règles générales applicables par avance, ce qu'il n'avait pas à ce moment le droit de faire. Il a donc dû en présence de chaque espèce particulière édicter une loi spéciale à la cause ; cette loi de sa nature ne pouvait être transportée à une autre espèce, si identique, si ressem-

blante fût-elle. L'intervention du magistrat ne se manifestait qu'au moyen d'un ordre ou d'une défense ; un jour vint où il eut le *jus edicendi*.

Comment à cette époque a-t-il pu se faire encore que des interdits aient continué d'être créés par le prêteur qui avait la ressource de l'action ? M. Accarias répond sur ce point que cet usage n'est imputable qu'à la ténacité de l'habitude et de l'esprit de routine, car aucune explication logique n'en peut être donnée, surtout si l'on songe qu'à partir d'une certaine époque les interdits prirent place *in albo*. « Dès lors ne semble-t-il pas que la formule aurait dû être délivrée tout droit sans le préliminaire d'un ordre ou d'une défense ? Cependant le magistrat continua d'intervenir dans chaque cas et cet usage persista pendant une série de siècles » (1).

On a donné d'autres origines aux interdits. Rappelons brièvement les systèmes proposés. Ils auraient eu d'abord pour but de protéger les concessionnaires de l'*ager publicus*. Des interdits possessoires furent donnés aux concessionnaires pour leur assurer une paisible jouissance, puis on étendit la mesure à d'autres possesseurs.

C'est l'hypothèse admise par Niebuhr, de Savigny, Rein, Lange, Willems, Benech. Mais à notre avis elle est inexacte, car les interdits possessoires sont apparus après les autres interdits, ce qui ruine par la base l'argumentation proposé. Ce qui prouve que les interdits possessoires sont postérieurs en date, c'est que sous l'empire des *legis actiones*, le plus ancien système de procédure romaine, le prêteur désigne dans les procès en revendication celui des deux plaideurs qui aura les *vin-*

(1) Accarias, *Droit romain*, t. 2.

dicia, c'est-à-dire la possession intérimaire. Conçoit-on dès lors la possibilité d'admettre d'une part l'existence des interdits possessoires, et d'autre part le droit pour le magistrat de déterminer selon son gré le possesseur intérimaire de la chose litigieuse. Il est constant selon nous que les interdits les plus anciens sont ceux qui ont eu pour but de protéger les choses publiques, les intérêts sacrés, la liberté individuelle.

On a dit dans un autre système que les interdits avaient pour raison d'être une procédure plus sommaire et plus rapide que celle des actions, et qu'en outre ils n'aboutissaient qu'à des mesures provisoires. Sur ces points la réponse est facile, car la procédure des interdits était certainement aussi compliquée que celle des actions, de même que dans certains cas l'interdit tranchait le fond du droit.

Voici ce qui a permis de proposer cette théorie : il peut en effet arriver que l'une des parties en cause respecte la défense qui lui a été faite ou exécute l'ordre qui lui a été donné. Dans cette hypothèse l'affaire s'arrange à l'amiable et il est juste de dire que le demandeur obtient par un moyen sommaire une satisfaction complète, mais il n'en sera plus de même s'il y a désobéissance à l'interdit ; un véritable procès donnant naissance à un *judicium* apparaîtra. La procédure ne sera donc pas plus rapide que celle de l'action.

A un autre point de vue l'interdit peut ne s'appuyer que sur des apparences, ce qui a amené certains auteurs à dire qu'il ne tranche pas le litige d'une façon définitive ; en outre les interdits possessoires qui sont les principaux et les plus importants, peuvent être mis en échec par des moyens pétitoires.

Est-il au surplus plus exact de dire que les interdits

aboutissent à une condamnation en nature, c'est-à-dire donnent au demandeur une satisfaction adéquate à sa demande (1). La réponse contraire nous est inspirée par certains textes, qui expriment que dans un certain nombre de cas les interdits n'engendrent que des condamnations pécuniaires.

Quoiqu'il en soit de l'origine des interdits, ce qui est certain et incontestable, c'est leur existence à côté du droit civil qu'ils suppléent et complètent.

A partir de l'empereur Adrien, l'édit devint perpétuel et cependant, comme nous l'avons indiqué plus haut, la voie de l'interdit n'en continua pas moins de subsister. Une nouvelle transformation s'accusa : le demandeur au procès renonça à venir deux fois devant le préteur, une première pour obtenir l'interdit et la seconde pour se faire autoriser à poursuivre le contrevenant. Il se contenta de réclamer le droit d'agir contre celui qui avait violé la prescription de l'édit. G. IV. 139. Puis la *datio judicis* n'émana plus du préteur et les plaideurs portèrent alors directement devant les juges compétents le litige que le magistrat eût pu éviter autrefois à l'aide d'une défense spéciale.

A l'époque classique, le domaine des interdits n'est plus nettement circonscrit : ils concourent avec les actions ordinaires et avec les *cognitiones extraordinariæ*. M. Accarias cite à l'appui de ce dire le concours de l'interdit fraudatoire avec l'action du même nom et d'une action *in factum* avec l'interdit *de mortuo inferendo*. Ces changements dans les règles du droit devaient précipiter la chute des interdits. Sous Justinien disparaît le

(1) Thèse. M. Barckausen, 1860.

système formulaire entraînant avec lui la suppression des interdits. Dans le dernier état du droit romain ils sont remplacés par des actions véritables ; c'est ce qu'expriment les Institutes pr. I. L. 4. T. 15 : « *Sequitur ut despiciamus de interdictis seu actionibus quæ pro his exercentur.* »

II. SECTION

PROCÉDURE DE L'INTERDIT EN GÉNÉRAL

L'histoire de la procédure des interdits nous révèle qu'au début, la personne qui sollicitait du prêteur un ordre ou une défense, était obligée de suivre deux voies différentes l'une de l'autre, la première étant le préalable de la seconde. Aussi dans les explications qui vont suivre, adopterons-nous cette division.

§ 1. — *De la procédure préalable à l'émission de l'interdit.*

Supposons qu'entre Aulus Agerius et Numerius Negidius survienne une difficulté pouvant donner naissance à un interdit. Le demandeur au moyen d'une *vocatio in jus*, absolument comme pour l'obtention d'une formule, somme le défendeur d'avoir à comparaître devant le magistrat ; au cas de défaut, la sanction consiste dans la *missio in bona* du défendeur.

Que va-t-il se passer *in jure* maintenant que les deux parties sont en présence ? Le demandeur expose ses prétentions et selon qu'elles paraissent capables d'engendrer l'émission d'un interdit, le prêteur fait droit à la demande.

Mais il se peut que de la part du défendeur, on conteste les faits allégués ou qu'on soutienne qu'il n'y a pas dans l'espèce lieu de concéder un interdit. Le magistrat se livre dans cette hypothèse à une véritable *cognitio causæ* qui lui permettra de se décider dans l'un ou l'autre sens. Nous écartons de suite le cas où le demandeur ayant déféré le serment sur l'existence ou la non existence des faits déniés par le défendeur, celui-ci jure ou s'abstient. Dans le premier cas l'interdit ne sera pas accordé, dans le second le défendeur sera réputé *confessus in jure*. En résumé le rôle du magistrat consiste donc à examiner si l'espèce qui est soumise à son appréciation, rentre dans les prévisions de son édit et si le demandeur est encore dans les délais. Le magistrat, lorsque cet examen a été favorable à la prétention du demandeur, délivre alors soit un ordre soit une défense, qui au début étaient très probablement oraux, mais qui n'ont pas tardé à être consignés par écrit.

§ 2. — *Procédure postérieure à l'émission de l'interdit.*

Le demandeur étant muni d'un ordre par exemple, deux cas peuvent se présenter : ou bien le défendeur respectera l'injonction à lui faite par le magistrat et alors tout sera terminé. Mais si le défendeur va à l'encontre des prescriptions du préteur, une nouvelle comparution devant le magistrat sera rendue nécessaire par cette désobéissance à l'ordre donné. Une instance à suivre devant le *judex* s'organisera, et celui-ci aura pour mission principale de désigner celle des parties en cause qui aura été à l'encontre de l'injonction du magistrat.

La nécessité de cette double comparution a subsisté très peu de temps et de bonne heure on chercha à l'éviter. On admit fictivement que l'atteinte à la possession avait eu lieu antérieurement à la première comparution devant le magistrat ; en outre l'édit étant devenu perpétuel, la défense devint légale, de sorte qu'à ce moment l'infraction fut toujours postérieure à l'édit du préteur.

Comment va se lier le débat *in judicio*, car la formule délivrée au juge ne lui donne pas le pouvoir de condamner, mais lui attribue simplement pour mission de répondre d'une façon abstraite de quel côté a été violé l'interdit ? C'est au moyen de *sponsiones* réciproques ; celles-ci présentent ce caractère particulier qu'elles sont à la fois préjudicielles et pénales. Le perdant paiera à titre de peine le montant de sa *sponsio*. Aussi dit-on de cette procédure qu'elle a lieu *cum pœna vel cum periculo*. Elle était obligatoire dans les interdits prohibitifs, mais on pouvait l'éviter dans les interdits restitutoires ou exhibitoires en réclamant un arbitre lors de la comparution devant le magistrat ; la formule était *arbitraria* et une condamnation pécuniaire n'était encourue que dans le cas où il y avait eu désobéissance au *jussus* du juge. Signalons en passant l'analogie frappante qui existe sur ce point entre la procédure des interdits et la *rei vindictio*, qui au début ne put de même être poursuivie que par la *sponsio* et plus tard par une *formula petitoria*. Il est probable qu'à l'origine tous les interdits ne purent être intentés que *per sponsiones* et que la *formula arbitraria* ne s'appliqua aux interdits restitutoires que longtemps après, lorsqu'elle fut admise dans le domaine des actions. Ces deux changements furent très probablement contemporains.

On peut se demander quelle est la raison de cette dif-

férence de traitement pour les interdits prohibitoires. Mainz en a donné pour motif des considérations historiques, alléguant que tant que la formule arbitraire n'a pas été connue, la *sponsio* fut seule possible, mais que l'extension du pouvoir arbitraire du juge dut être faite dans le domaine des interdits, le jour où il fut admis dans la sphère des actions.

Cette explication est incomplète ou plutôt elle ne répond pas directement à la question posée. Pour nous, la différence de procédure entre les différentes classes d'interdits tient au fond même des choses, car dans les interdits prohibitoires, il s'agit surtout d'obtenir la réparation du dommage causé, ce que permet de réaliser la *sponsio poenalis*, alors que dans les interdits restitutoires et exhibitoires, le *jussus* du juge permet à lui seul de procurer au demandeur la satisfaction à laquelle il a droit et qu'il vise principalement.

La formule arbitraire devait être réclamée devant le prêteur et avant que les parties se fussent retirées ; après, il était trop tard, et elles ne pouvaient plus agir que *cum poena*. Ici se pose une question : quel est le laps de temps qui doit s'écouler en matière d'interdits prohibitoires, entre l'émission de l'interdit et les *sponsiones in iudicio* ? La réponse sera donnée plus loin lors de l'étude des éléments de la *vis contra edictum pætoris*.

CHAPITRE III

Caractères juridiques de l'« Utrubi »

Nous avons défini plus haut l'interdit *Utrubi* en disant de lui qu'il est le moyen prétorien donné au possesseur pour protéger la possession des choses mobilières ; il est aux meubles ce que l'*Uti possidetis* est aux immeubles. Il importe d'abandonner maintenant les généralités dans lesquelles nous sommes restés jusqu'ici et qui étaient nécessaires au seuil de ce sujet ; le moment est venu, après ces explications préliminaires, d'entrer dans l'examen plus approfondi et plus spécial des éléments de l'*Utrubi*. L'analyse de chacun de ses éléments étant faite, par voie de synthèse, il nous sera facile d'en donner alors une définition exacte et juridique.

§ 1. — *L'interdit Utrubi rentre dans les interdicts possessores retinendæ possessionis causa.*

C'est surtout à la protection de la possession que la sollicitude du préteur s'est appliquée, aussi les interdicts possessores sont-ils les plus nombreux et les plus importants. Les jurisconsultes romains les ont classés en trois catégories selon qu'ils ont pour but de faire acquérir la possession à celui qui ne l'a jamais eue (*adipiscendæ possessionis causa*), de faire maintenir ou conserver la possession au possesseur qui en est déjà investi (*retinendæ possessionis causa*) et enfin de la faire recouvrer quand elle a été perdue (*recuperandæ possessionis causa*).

Notre interdit rentre par sa nature dans la classe des interdits *retinendæ*, mais nous aurons l'occasion de démontrer dans la suite de cette étude, qu'à certains égards l'*Utrubi* doit encore être considéré comme rentrant dans les interdits *recuperandæ possessionis causa*, puisque dans certaines hypothèses, il permet au possesseur dépouillé de triompher du possesseur actuel qui est jugé vis-à-vis du premier ne pas posséder juridiquement ou posséder d'une façon vicieuse ou insuffisante.

Les règles relatives aux caractères que la possession doit revêtir, ont été données par les jurisconsultes romains spécialement à propos des interdits *retinendæ* et *recuperandæ*. Ajoutons même que dans l'opinion de certains auteurs, Gaius entre autres, la principale fonction des interdits possessoires fut de fixer les rôles des parties dans les procès en revendication ; d'après eux également, les premiers interdits possessoires furent les injonctions émanées du préteur relativement aux *vindicæ* ou possession intérimaire de la chose litigieuse. Nous avons déjà eu l'occasion de faire dans un des chapitres qui précèdent allusion à cette théorie ; elle est à notre avis inexacte en droit et historiquement, et en réalité si à l'époque classique les interdits possessoires ont souvent rempli ce but, ce n'est pas à dire qu'ils ont été créés simplement dans cette vue. A propos du sujet qui nous occupe, nous avons à nous demander si tel a été le rôle assigné à l'*Utrubi* par le préteur. Disons de suite que nous n'acceptons pas cette doctrine, sinon il faudrait dire que la *vis contra edictum*, c'est-à-dire dans l'espèce la violation de la défense du préteur, n'a d'utilité que de servir de base aux *sponsiones* et suppose par conséquent une instance déjà commencée. Il faudrait au surplus dans cette théorie qui assimile notre interdit aux *vindicæ* démontrer ce point qui est contesté

par certains auteurs à savoir que les *vindicia* procurent au possesseur intérimaire non seulement les avantages de fait de la possession mais encore les avantages de droit. Le résultat, si l'on admet que le possesseur intérimaire n'a aucun avantage juridique, est que ce possesseur ne sera pas dispensé de sa preuve vis-à-vis de son adversaire ; cette possession intérimaire ne lui sera utile que dans une seule hypothèse, lorsque ni l'un ni l'autre des plaideurs n'aura triomphé dans la preuve du bien-fondé de sa prétention. Sous le système formulaire, le rôle des interdits possessoires a été en partie celui qu'on veut lui assigner dès l'origine, mais il n'en reste pas moins constant que même encore à cette époque ce rôle n'était pas exclusif ; bien plus encore, du consentement des parties en cause il pouvait n'être pas celui-là, le débat possessoire n'impliquant pas nécessairement à sa suite le débat pétitoire. La partie qui a succombé une première fois peut fort bien ne pas tenter la seconde épreuve beaucoup plus difficile et plus incertaine (1).

§ 2. — *L'Utrubi a un caractère double.*

En quoi consiste ce caractère double que nous assignons à l'interdit *Utrubi*, qui à cet égard ressemble aux actions mixtes *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*. On peut définir cette duplicité en disant que l'ordre du préteur s'adressant aux deux parties à la fois, chacune d'elles joue ainsi dans le procès le rôle de demanderesse et de défenderesse.

Une difficulté relative à la possession d'un meuble s'élève

(1) M. Toutain, p. 47 et 48.

entre deux citoyens : chacun prétend alors avoir seul droit à la possession de cette chose et à l'inverse chacun la dénie à son adversaire. L'un et l'autre sont donc au procès dans une situation identique, pouvant être tous deux considérés comme demandeur ou défendeur. C'est cette idée même que Gaius met en relief : « *duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur.* » 72. I. 4. 15. Malgré la parité de situation des deux plaideurs, en pratique on attribue cependant à celui qui a pris l'initiative, la qualification de demandeur. L. 13 et 14. D. 5. 1.

Le caractère double de notre interdit entraîne certaines conséquences juridiques. Ainsi devons-nous décider, en dépit de la grande ressemblance qu'il offre avec les actions divisoires, que le *jusjurandum de calumnia* ou serment d'agir ou de défendre de bonne foi pourra être imposé en présence de l'*Utrubi*? Gaius répond négativement pour cette raison que le *jusjurandum de calumnia* ne se cumule jamais avec la *sponsio* suivie d'une *restipulatio*. De même si une des parties est représentée par un *procurator*, nous déciderons également par analogie que le mandataire pourra être contraint de fournir la *cautio de rato* et la *cautio judicatum solvi*. L. 15 § I, D. *De procuratoribus*, L. 3. T. 3.

Supposons maintenant une décision intervenue : la conséquence de ce jugement peut au premier abord paraître étrange, chaque partie pouvant être condamnée ou victorieuse, sans aucune autre solution possible. Les *sponsiones in judicio* permettent au juge de réaliser ce résultat qui s'explique par la nature même des choses. Aulus Agerius affirme en effet sa possession que Numerius dénie, puis à l'inverse Numerius Negidius réclame à son profit cette même possession qu'Aulus lui conteste

alors. En réalité deux instances sont accolées l'une à l'autre, la réunion de ces deux tronçons en un seul procès rend alors logique et nécessaire cette éventualité d'une condamnation ou d'une absolution chez la même partie.

De ce que l'*Utrubi* est double, il s'en suit que le préteur doit rédiger une double formule, l'*intentio* de l'une sera l'inverse de l'*intentio* de l'autre ; mais ces deux formules auront un point commun, car elles donneront toutes deux au même juge mission de trancher la difficulté. Sur ce point l'*Utrubi* ressemble complètement aux actions divisoires, bien que cependant on ait cru devoir, de la part de certains auteurs, prétendre que le préteur ne rédigeait qu'une seule formule dont l'*intentio* comprenait toutes les hypothèses à résoudre.

§ 3. — *Caractère prohibitif de l'Utrubi.*

Les interdits prohibitifs sont ceux au moyen desquels le préteur édicte une défense, celle par exemple d'employer la violence contre la personne qui a une possession exempte de vice, ou celle d'établir un édifice sur un terrain sacré, § 1, I. T. 4, XV. La formule employée ordinairement par le préteur dans cette hypothèse était *veto* ou *ne facias* avec l'indication de l'acte qu'il prohibait. Au *Digeste* nous trouvons la formule de l'*Utrubi* : « *Utrubi hic homo quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto.* » L. I, pr. D. de *Utrubi* 43, 31. La procédure de l'interdit prohibitif en général a varié selon qu'on se place sous l'empire de l'un ou de l'autre des trois systèmes de la procédure romaine.

A l'époque des *legis actiones*, il est probable que la *sponsio* était déjà employée et que le préteur ne connais-

sait pas lui-même de la violation de l'interdit. Ce qui nous pousse à l'admettre, c'est que la *sponsio* est un des procédés les plus familiers aux Romains qui ramènent ainsi à l'examen du bien fondé d'une stipulation, la solution de tous les litiges que le juge doit trancher. Ajoutons encore qu'elle était fréquemment employée et qu'elle était préjudicielle dans toutes les questions de propriété ; mais dans ce cas elle ne revêtait pas le caractère pénal. Sous le système formulaire, les parties qui usent d'un interdit prohibitore plaident toujours *cum periculo* ou *cum pœna*. Une chose est litigieuse entre deux citoyens : le demandeur se présente devant le magistrat et réclame de lui l'obtention d'un interdit. S'il prétend ensuite que l'injonction du préteur a été violée par le défendeur, surgit alors un procès. Les deux parties *in jure* s'engagent l'une envers l'autre par deux *sponsiones*, dans lesquelles chacune joue tour à tour le rôle de stipulant et de promettant. Ainsi Aulus stipule de Numerius le paiement d'une certaine somme d'argent pour le cas où celui-ci viendra à être jugé comme ayant contrevenu à la défense du magistrat, c'est la *stipulatio* ; Numerius à son tour stipulera de son adversaire dans l'hypothèse où le juge déclarera qu'il n'a pas désobéi à l'ordre du préteur : c'est la *restipulatio*. Dans ces deux éléments *stipulatio* et *restipulatio* se trouve la base des deux formules que le magistrat délivre ; la question soumise au juge est de savoir de quel côté est due la *sponsio* ; mais sa réponse sur ce point déguise la portée véritable de la mission qui lui est échue, celle d'indiquer si l'interdit a été violé ou respecté. Il va de soi que les deux formules comportent la nomination d'un même juge ; les deux *sponsiones* constituent ainsi le *periculum* ou la

pœna. Si l'interdit a été méprisé, le défendeur paiera au demandeur le montant de sa promesse ; à l'inverse si l'interdit a été respecté, le demandeur versera au défendeur la somme promise. Mais on conçoit que ce résultat n'est pas suffisant en lui-même, n'aboutissant ainsi qu'à une peine destinée à réprimer soit l'esprit de chicane de la part du demandeur, soit le défaut d'obéissance de la part du défendeur. Cette peine peut être certainement inférieure à l'intérêt du litige. Il faut plus au demandeur que cette satisfaction souvent illusoire et incomplète, car il peut avoir intérêt à l'exécution de l'ordre du magistrat ou à la réparation du préjudice qui lui a été causé. Une action lui est ouverte qui lui permettra de choisir entre ces deux alternatives : c'est le *judicium secutorium*. Cette action est ainsi appelée parce qu'elle est la conséquence de la décision du juge relativement aux *sponsiones*. En effet, si le défendeur a violé l'interdit, il perd le montant de sa *sponsio*, en outre il est condamné sur le *judicium secutorium* ; si, au contraire, le demandeur a soulevé un procès injuste, il succombe non seulement sur le *judicium secutorium*, mais il perd le montant de sa *sponsio*, de sorte que quelle que soit la partie condamnée, demanderesse ou défenderesse, une peine sera toujours encourue. Nous n'avons malheureusement aucun texte pour nous renseigner sur l'importance des *sponsiones* ou plus exactement sur la gravité de la peine.

Cette procédure que nous venons de décrire rapidement est obligatoire dans les interdits prohibitifs, mais elle est facultative dans les interdits exhibitoires et restitutoires. Nous nous sommes du reste déjà expliqué sur ces points.

Sous Justinien cette procédure n'était plus employée.

§ 4. — *Caractère réel et personnel de l'Utrubi.*

A diverses reprises nous avons déjà indiqué dans le cours de cette étude que le prêteur avait protégé la possession comme un droit *sui generis*. Supposons une atteinte portée à ce droit : de quelle nature est l'action intentée contre l'auteur du trouble par le possesseur inquieté ? A ne consulter que la théorie de de Savigny, la réponse serait facile ; l'action serait toujours personnelle puisqu'elle aurait surtout pour but de réprimer le délit occasionné. L'assimilation de l'*Utrubi* avec les actions *ex delicto* faite par le savant auteur s'explique assez dans l'hypothèse où la possession est l'objet d'une atteinte de la part d'un tiers ; l'action intentée contre ce dernier aura un caractère personnel. Mais que dire cependant d'une autre hypothèse qui ne manquera pas de se produire constamment dans la pratique ? Supposons maintenant qu'un conflit s'élève entre un possesseur ancien et le possesseur actuel, et pour que notre espèce ait plus de vraisemblance, admettons que ce dernier ait obtenu la possession non pas de son compétiteur, mais d'un possesseur intérimaire. Les règles de l'*Utrubi* nous amènent de suite à décider que si le possesseur ancien a joui de la chose pendant un temps plus long que son adversaire dans l'année qui précède l'émission de l'interdit, *hujusce anni major pars*, il triomphera sans aucun doute. La nature de l'action a donc incontestablement changé : elle est devenue réelle, car cet ancien possesseur qui n'avait plus que le droit nu, sans la possession de la chose, a pu l'emporter sur son adversaire. Il suit donc ainsi, grâce à l'*Utrubi*, sa possession entre les mains d'un tiers qui ne lui est pas préfé-

nable. Ce résultat ne peut s'expliquer avec la théorie de de Savigny qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, n'est pas complète. Nous aurons à nous étendre plus longuement sur ce point lors de l'étude de la fonction récupératoire de l'interdit.

Telle est l'analyse de chacun des éléments de l'*Utrubi* que nous pouvons maintenant définir, un interdit possessoire spécial aux meubles, *tam retinendæ quam recuperandæ possessionis causa*, prohibitoire, double, assurant efficacement les avantages de la possession à celui qui a une possession exempte de vice et supérieure en durée par rapport à celle de l'adversaire.

CHAPITRE IV

Procédure de l'« Utrubi »

Une observation fondamentale doit dominer ce chapitre : le texte de Gaius spécial à la procédure de l'*Utrubi* est resté à peu près illisible ; certaines lacunes n'ont pu être comblées et l'on en est réduit sur un certain nombre de points à des conjectures. Tout pousse cependant à croire que la procédure de l'*Utrubi* était semblable à celle de l'interdit *Uti possidetis*. Nous raisonnerons donc par analogie.

Reprenons l'espèce posée au Digeste dans la formule de l'*Utrubi* : une contestation s'élève entre deux personnes relativement à la possession d'un esclave. Aulus Agerius amènera, et ce sera la première phase du débat, son adversaire Numerius Negidius devant le magistrat et cela au moyen d'une *in jus vocatio*. Le préteur émettra alors son interdit : « *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* »

Si notre interdit emportait l'application d'une *formula arbitraria*, immédiatement les deux parties pourraient solliciter du magistrat la nomination d'un juge, mais nous l'avons dit, l'*Utrubi* est prohibitioire et comme tel la voie des *sponsiones* devient nécessaire. Ici se pose une question : quel est l'intervalle de temps qui devra s'écouler entre l'émission de l'interdit par le magistrat et les *sponsiones* réciproques des parties ? On a soutenu dans un

premier système que l'ordre donné par le magistrat impliquait nécessairement la nécessité d'un trouble survenu postérieurement à l'interdit et qu'en conséquence les *sponsiones* ne pouvaient avoir lieu immédiatement; sinon Aulus Agerius le possesseur pouvait être appelé à succomber fatalement, dans l'hypothèse où Numerius Negidius n'ayant pas commis d'infraction à l'ordre du préteur s'abstenait de contester la possession.

On répond à cette théorie que la résistance à l'ordre du préteur de la part de l'une ou de l'autre des parties est constante, dès qu'aucune d'elles ne s'incline devant cet ordre et l'on suppose ainsi que chacune d'elles maintient son dire (1). Aussi les *sponsiones pœnales* peuvent-elles être conclues immédiatement. Cependant si le défendeur demandait qu'on lui laissât le temps moral nécessaire pour réfléchir, nul doute qu'il ne pût l'obtenir.

S'il ne persiste pas dans son intention de lutter contre l'adversaire, l'*Utrubi* n'a plus sa raison d'être puisque la possession est ainsi reconnue par la renonciation au procès intervenue de la part du défendeur. M. Machelard (2) pense qu'une action *in factum* pourra être donnée au demandeur afin d'obtenir la liquidation des dommages-intérêts à raison des troubles commis avant l'émission de l'interdit; mais cet auteur estime que logiquement la procédure doit être terminée à ce moment et exclut le débat sur les *sponsiones*, lorsque le défendeur ne maintient pas ses prétentions rivales.

La deuxième partie du débat s'imposant nécessairement à des adversaires qui à tout prix veulent faire trancher judiciairement le litige, a trait à l'attribution

(1) Machelard, p. 184.

(2) Machelard, p. 185.

provisoire de la possession. Les Romains avaient imaginé un moyen très ingénieux qui permettait ainsi d'éviter l'arbitraire pouvant se produire de la part du prêteur, comme en matière de revendication. La possession intérimaire de la chose fait l'objet d'une enchère entre demandeur et défendeur. Le prêteur donne la possession de la chose pendant la durée du litige à celui qui offre la plus forte somme et qui la garantit à l'adversaire par une *satisfaction*. La *fructuum licitatio* est donc une véritable adjudication aux enchères comportant l'admission des parties en cause seulement. Les espèces promises ne sont pas nécessairement la valeur des fruits que l'on recueillera ; Gaius dit en effet à ce propos : « *Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed pœnæ nomine solvitur, quod, quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.* » G. 4. 167. Le montant de l'enchère constitue donc une peine, d'autant plus qu'elle ne dispense pas l'adjudicataire de tenir compte des fruits ; elle ne sera encourue qu'autant que le promettant sera jugé ne pas posséder. Le montant de l'enchère constitue la *summa licitationis*, que l'adjudicataire s'engage à payer par la *fructuaria stipulatio*. Celle-ci produisait aussi plusieurs autres conséquences : elle fournissait d'abord aux parties, ainsi que le dit M. Machelard, le moyen de témoigner le degré de confiance que chacune d'elles avait dans le bien fondé de sa prétention (1). De plus, la chose se trouvait ainsi soustraite à toutes les entreprises dont elle pouvait être l'objet, tendant à la dégrader ou à la faire dépérir. Mais ainsi qu'on l'a fait remarquer avec beaucoup de raison, la situation des parties

(2) Machelard, p. 185 et s.

restait la même au procès, le fardeau de la preuve ne se trouvant pas déplacé. Le seul résultat possible était qu'au cas d'insuccès de l'un et de l'autre, l'adjudicataire se trouvait ainsi provisoirement investi de la possession, sauf de la part de son adversaire le droit d'agir par voie de revendication.

Cette *fructuum licitatio* produit un autre résultat dont l'importance juridique est bien plus grande. Imaginons que le véritable possesseur soit reconnu par le juge : s'il est adjudicataire, la *vis facta contra edictum prætoris* naîtra à son profit avec d'autant plus de raison d'être, qu'il s'est vu obligé pour garder la possession à laquelle il avait incontestablement droit, de prendre la plus forte mise lors de l'enchère. Si au contraire, il a été évincé comme adjudicataire, l'adversaire ayant surenchéri sur lui, à plus forte raison y a-t-il encore *vis facta* puisque non seulement il a été dépossédé, mais encore il n'a même pas pu obtenir la possession intérimaire, lors de la *fructuum licitatio*.

En troisième lieu surviennent les *sponsiones* et les *restipulationes* ; le demandeur Aulus Agerius stipule de Numerius Negidius une certaine somme sous la condition que ce dernier sera jugé avoir contrevenu à l'ordre émis par le magistrat. A l'inverse le défendeur prenant la contre-partie du rôle qu'il vient de jouer, stipule du demandeur ; cette stipulation est la réciproque de la première. Comme l'*Utrubi* est double, le défendeur attaqué riposte et devient demandeur à son tour, d'où une nouvelle *sponsio* à laquelle il est répondu de la part du demandeur originaire et actuellement défendeur sur la *restipulatio* de Numerius Negidius. En résumé deux *sponsiones* et deux *restipulationes*. Sur ce point nous n'avons pas à nous étendre plus longuement, ayant expliqué déjà le mé-

canisme de cette procédure que l'on comprendra plus aisément en présentant l'interdit double comme la réunion de deux interdits distincts au profit de chacun des plaideurs, accolés l'un à l'autre, donnés l'un au demandeur, l'autre au défendeur. Le prêteur délivre en conséquence cinq formules ; l'une relative à la *fructuaria stipulatio* appartient au créancier éventuel, c'est-à-dire au possesseur qui a été surenchéri ; les deux *sponsiones* et les deux *restipulationes* engendrent à leur tour chacune une formule nouvelle, de sorte que la partie évincée de la *fructuum licitatio* obtient pour sa part trois formules et son adversaire deux. Un juge unique est désigné : sa mission consiste à examiner de quel côté est due la *sponsio*. Il n'a pas évidemment à s'intéresser à l'autre *sponsio* puisque celle-ci est la conséquence logique de la première, l'interdit n'ayant pu être violé de part et d'autre. Supposons que Numerius Negidius n'ait pas respecté la défense du prêteur : Aulus Agerius triomphera sur sa *sponsio* et la *restipulatio* qu'il a faite ; Numerius Negidius sera en retour condamné sur la *restipulatio* qui a suivi la première *sponsio* du demandeur et sur sa propre *sponsio*. Cette double condamnation n'occasionnera qu'une peine, qui sera du montant de la *sponsio* du gagnant.

Au point de vue de la possession intérimaire quel sera le résultat de la défaite de l'un ou de l'autre des deux compétiteurs en présence ? Deux hypothèses sont possibles. En premier lieu, imaginons qu'Aulus Agerius n'ait pas violé l'interdit : il triomphe ainsi sur sa *sponsio* comme demandeur et sur sa *restipulatio* comme défendeur et obtient de ce chef deux condamnations ; en outre il est absous sur la *fructuaria stipulatio* et garde en conséquence la possession de la chose et les fruits. Nume-

rius Negidius se trouve dans cette même hypothèse vaincu sur trois points. Passons à la seconde hypothèse : Aulus Agerius possesseur intérimaire succombe ; le défendeur l'emporte donc sur sa propre *sponsio* et sur sa *restipulatio* comme défendeur ; il est renvoyé sur les deux formules délivrées au profit d'Aulus Agerius, mais en outre il vainc dans la *fructuaria stipulatio*. Le possesseur intérimaire sera donc tenu de rendre la chose et les fruits.

Comment obtiendra-t-on la restitution de la chose et ses fruits ? Jusqu'ici en effet, nous n'avons vu fonctionner que le mécanisme des formules, qui ne correspondent pas directement au but du procès qui est de retenir la possession là où elle doit être. Les condamnations intervenues sur les *sponsiones* ne sont en réalité que des accessoires. Le juge punit ainsi, soit l'esprit de chicane de la part du demandeur, soit la désobéissance de la part du défendeur. La satisfaction obtenue n'est nullement adéquate à la demande, elle ne tend même pas à l'être.

Il faut plus au demandeur qui peut avoir intérêt à l'exécution de l'ordre du magistrat, et à obtenir la possession de la chose litigieuse : ce résultat est acquis au moyen d'une instance spéciale appelée *judicium secutorium*, parce qu'elle est la conséquence de la décision du magistrat. Dans l'espèce ce *judicium* est nommé *judicium cascillianum* (G. IV. 169), probablement en souvenir du jurisconsulte romain Aulus Cascellius, dont parlent Horace et Pomponius. A défaut d'exécution en nature, le vainqueur obtiendra une condamnation en principal.

Les actions délivrées à la suite d'interdits sont *in factum*, car elles ont une *intentio in factum* ; elles sont personnelles et n'aboutissent jamais qu'à sanctionner des

obligations. L. 1, § 3. D. *De liberis exhibendis item ducendis* 43, 30. Sont-elles utiles ? M. Accarias répond par la négative, sinon, dit cet auteur, ce serait détourner l'expression utile de son sens technique. L'action utile est opposée à l'action directe qui est donnée conformément aux prévisions littérales d'un texte. Si une des conditions du texte vient à faire défaut, l'action qui sera applicable dans de telles circonstances sera dite utile. L'action donnée à la suite de l'interdit n'est donc pas utile, mais plutôt *directa*. Ajoutons cependant que certains interdits sont utiles. L. 1, § 12, D. *De fluminibus*, 43, 12. L. 1, § 3, D. *De migrando*, 43, 32. Les actions ainsi délivrées n'aboutissent longtemps qu'à des condamnations pécuniaires à défaut d'exécution adéquate à la demande (G. 4, 163 et 4, § 48 ; L. 3, § II. D. 43, 5 ; L. 5, § 114 D. 43, 8. Cette règle fut modifiée dans le dernier état du droit romain. L. 14 C. de *sent et int.* VII, 45.

Le *judicium cascillianum* à la suite duquel le gagnant peut obtenir du perdant une satisfaction en nature, entraîne-t-il avec lui la restitution des fruits ? M. Accarias répond affirmativement ; nous nous rangeons à cette manière de voir. On se rappelle en effet que la *summa licitationis* n'est pas nécessairement la représentation de la valeur intrinsèque des fruits, mais qu'elle a un caractère pénal. Il se peut donc parfaitement qu'étant par exemple inférieure à la valeur réelle des fruits, le vainqueur subisse ainsi une perte. Ce résultat, les Romains ne l'ont pas admis, ne voulant pas que le dommage soit subordonné à l'éventualité d'une adjudication incertaine et fictive, soit que les enchères soient trop élevées, soit que par contre elles soient dérisoires.

Gaius fait une remarque (4. 169) : le gagnant peut, sans s'arrêter à la *fructuaria stipulatio*, agir séparément de

fructus licitatione par un *judicium* spécial appelé *judicium fructuarium*, mais qui ne doit pas être confondu avec le *judicium cascellianum*. « *Admonendi tamen sumus liberum esse ei qui fructus licitatione victus erit, ommissa fructuaria stipulatione, sicut cascelliano sive secutorio iudicio de possessione recuperanda ibi experitur [ita separatim et de fructus] licitatione agere : in quam rem proprium iudicium comparatum est quod appellatur, quo nomine [actoris satis] accipiat. Dicitur autem et hoc iudicium secutorium quod sequitur sponsionis victoriam, sed non æque cascellianum vocatur* » (1).

En quoi diffèrent les deux actions ? « Probablement, dit M. Accarias, dans ce *judicium secutorium*, la condamnation tout en restant pénale ne se mesurait pas à la *summa licitationis* ; elle avait pour objet l'intérêt réel que la partie gagnante aurait eu à n'être pas privée de la possession provisoire. Dans ce *judicium*, la caution *judicatum solvi* était toujours exigée du *reus*. Nous trouvons donc ici une nouvelle exception à la règle générale qui affranchit de cette *cautio* le défendeur plaidant en son propre nom dans une action personnelle (2). » Le *judicium cascellianum* permet donc en principe au vainqueur de retenir la possession de la chose et les fruits. Si le plaideur qui a succombé n'exécute pas le *jussus* du juge, survient alors dans ce cas une condamnation, qui tient lieu du principal.

Deux réflexions viennent naturellement à l'esprit : quelle est la nature des condamnations survenues et en

(1) Les mots entre crochets n'ont pas pu être lus dans le manuscrit original. Ils sont une restitution supposée.

(2) Accarias, t. II, p. 1374, note 1.

second lieu quels sont exactement les fruits qui doivent être restitués ? Les condamnations qui sont la conséquence des *sponsiones*, de la *fructuaria stipulatio*, ont un caractère pénal. Elles sont certaines et doivent s'exécuter à la lettre, quelle que soit la valeur de l'objet réclamé. Il n'en est pas de même de la condamnation suivant le *judicium cascellianum*. La mission du juge consiste en effet à faire rentrer l'un des plaideurs dans la possession à laquelle il lui reconnaît un droit et à lui faire rendre les fruits produits intérimairement par la chose litigieuse. Si la partie condamnée ne s'exécute pas, le taux de la condamnation n'est pas fixé comme tout à l'heure d'une façon ferme. La condamnation ne sera que du *quod interest*, c'est-à-dire équivalente à l'intérêt qu'avait le vainqueur à reprendre sa chose et ses fruits. Tel est selon nous le principe. On ne discute pas relativement à la chose, mais à propos des fruits on a soulevé de nombreuses controverses. Faisons remarquer que la question n'a pas grand intérêt, car le plus souvent les meubles ne font naître aucun fruit. Quels seront les fruits que l'on devra restituer ? On ne sera tenu que des fruits produits depuis le jour de l'émission de l'interdit (L. I, § 3, D. *De interd.* 43, 1). « *In interdictis exinde ratio fructuum habetur ex quo edicta sunt, non retro.* »

Mais reste alors une question de dommages-intérêts. Il est incontestable en effet que si les fruits nés avant l'interdiction du prêteur ne doivent pas être l'objet de restitution, ainsi que ceux produits postérieurement à la *litis contestatio*, le vainqueur supportera un préjudice qui doit être réparé par des dommages-intérêts. Les termes de l'édit autorisent parfaitement cette allocation de dommages-intérêts. La loi I pr. D. 43, 17, dit en effet : « *neque pluris, quam quanti ea res erit, intra an-*

num, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam ». Ce texte donne, on le voit, le droit au vainqueur de se faire indemniser de tous dommages subis dans l'année utile. Si le possesseur intérimaire succombe, ces dommages-intérêts seront accordés par le *judicium cascellianum*; si au contraire, c'est le plaideur non adjudicataire qui l'emporte, l'indemnité sera alors déterminée par une formule spéciale qui viendra s'ajouter aux autres.

La raison de cette différence de traitement est facile à saisir : en effet, au moyen du *judicium cascellianum*, le juge ordonne au possesseur intérimaire de rendre la chose et les fruits ; il comprendra l'indemnité dans l'ordre qu'il adressera ; si cet ordre vient à être exécuté, tout est fini. Dans l'hypothèse d'infraction au *jussus*, le juge prononcera une condamnation dont le taux sera égal à celui du *jussus*. Au cas où le possesseur non-intérimaire succombe, la physionomie de l'instance se modifie tant soit peu, car rien ne permet, ni dans la formule, ni dans l'action, de réserver les dommages-intérêts. Le vainqueur ne triomphe que sur sa *sponsio*, sa *restipulatio* et la *fructuaria stipulatio*, mais nulle part n'apparaît le moyen de lui allouer des dommages-intérêts. Le perdant doit-il cependant être libéré complètement vis-à-vis de son adversaire par cette prestation incomplète ? Certains auteurs (1) estiment que ce résultat était évité au moyen d'une formule spéciale venant s'ajouter aux autres. D'après de Savigny, la réparation du dommage causé dans le passé ne souffre aucune difficulté dans l'*Utrubi*. Il n'en est pas de même dans l'*Uti possidetis*, car dans cette hypo-

(1) Machelard, p. 201 et 202.

thèse les dommages-intérêts ne peuvent être réclamés, la loi 3, § II, D. 43, 17 ne parlant que du *quantū possessionem interest retinere*, ce qui exclut évidemment la possession ancienne et n'implique que la possession actuelle.

CHAPITRE V

Conditions de succès de l' « Utrubi »

I^{re} SECTION

EXCEPTION « VITIOSÆ POSSESSIONIS »

Dans les préliminaires de cette étude, nous nous sommes étendu longuement sur ce que les Romains appelaient la possession *ad interdicta* ; nous avons également indiqué les personnes auxquelles le préteur accorde la ressource de l'interdit. Nous n'avons donc plus à y revenir.

Notre interdit s'applique aux meubles. Or, d'après les idées romaines, certains meubles ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'une possession donnant droit aux interdits, car peuvent seules être possédées les *res corporales*, c'est-à-dire toutes choses capables de tomber sous nos sens. En droit romain la possession qui seule donne droit aux interdits est représentée comme l'exercice du droit de propriété. En conséquence, ne peuvent être possédées les *res extra commercium*, de même les *res incorporales* quand bien même elles seraient *in commercio*.

Ceci posé, la possession efficacement protégée par l'*Utrubi* doit revêtir certains caractères que l'on peut résumer dans cette idée : elle ne doit pas être vicieuse.

La formule de l'*Utrubi* ne nous révèle pas l'existence

de ces conditions, car, ainsi qu'on peut le voir, elle ne mentionne pas les mots *nec vi, nec clam, nec precario* qui existent dans celle de l'*Uti possidetis*. Cependant il est incontestable, malgré leur absence dans le texte, que ces conditions accessoires devaient se trouver chez le possesseur d'un meuble pour vaincre dans l'*Utrubi*. Notre interdit ne faisait du reste que s'en référer sur ce point à l'*Uti possidetis*. Gaius lui-même (150, 4) enlève tout doute à cet égard, car il exprime formellement que la possession doit être non viciieuse vis-à-vis de celle de l'adversaire. On a soutenu que Justinien avait altéré la formule de l'édit, mais ainsi qu'on l'a fait judicieusement remarquer, cette modification n'eût pas été heureuse, car Justinien eût précisément gardé dans la formule la condition de délai qui de son temps était supprimée, et eût abrogé en retour celle d'absence de vice qui sous son règne s'appliquait aux deux interdits *retinendæ* (1).

La nécessité d'une possession non viciieuse n'est pas absolue : elle n'existe en effet que par rapport à l'adversaire, *ab adversario*. La théorie de de Savigny assimilant les actions nées de l'interdit aux actions *ex delicto* trouve dans cette contingence de la condition un argument très puissant, puisque la victime de la dépossession ne peut, comme en matière de délit, reprocher la violence par exemple, qu'à celui qui en est l'auteur. Dans la théorie d'Ihering attribuant pour fondement à la protection de la possession l'intérêt supérieur de la propriété, on explique autrement cette nécessité, dont on fait le corollaire du principe de la relativité de la chose jugée entre les par-

(1) M. Bourcart. p. 98.

ties. M. Toutain (1) propose une explication très simple et très juste que nous adoptons « le juge dans l'instance « engagée sur l'*Utrubi* doit comparer deux possessions... « Tout le procès gît dans cette comparaison des deux « possessions et celle qui l'emportera sera celle qui « paraîtra exempte de vices par rapport à l'autre. »

Partant de cette idée féconde en conséquences, on en arrive ainsi à justifier très facilement la possession accordée au voleur, qui pourra triompher du vrai propriétaire, s'il n'a pas commis vis-à-vis de lui d'actes de violence. De même encore le voleur l'emportera sur un voleur subséquent, sur toute personne en un mot qui sera jugée vis-à-vis de lui n'avoir pas une possession préférable. Ici se révèle une nouvelle fois encore et d'une façon manifeste le droit de possession protégé pour lui-même, indépendamment de toute préoccupation relative à la propriété. En apparence ce résultat peut paraître choquant, pour le voleur de tout à l'heure par exemple, qui aurait échoué sûrement dans l'action *furti*, et qui pourra triompher dans l'*Utrubi* à l'encontre du propriétaire. Mais n'oublions pas qu'il ne l'emporte qu'au possessoire et que le propriétaire garde intact son droit de revendication. A l'apparence succédera le fond du droit.

§ 1. — *Absence de violence.*

La violence consiste dans des voies de fait : elles peuvent être plus ou moins graves, car leur auteur a pu pour les commettre agir seul ou de concert avec des personnes armées (*coactis armatisve hominibus*). Dans le premier cas les textes appellent cette violence *vis quotidiana* ou

(1) M. Toutain, p. 56.

simplement *vis* ; dans le second, *vis armata*. Cette distinction présente de l'importance dans l'interdit *Unde vi* qui change d'aspect selon que la violence revêt tel ou tel caractère. L'interdit *Utrubi* est totalement étranger à cette distinction ; que la violence ait été commise par l'adversaire seul ou avec le concours de personnes armées, le préteur ne considère que le fait pris en lui-même en dehors de toute aggravation.

La loi *Julia de vi* distingue aussi deux autres sortes de violence, la *vis publica* punie à une certaine époque par l'interdiction de l'eau et du feu et plus tard par la déportation, la seconde, la *vis privata* réprimée par la confiscation des biens et par l'infamie. Cette distinction de la loi *Julia* n'intéresse pas non plus notre interdit. La violence existera lorsque l'un des plaideurs aura enlevé de force, contre le gré de son adversaire, la chose qu'il possédait. Elle implique nécessairement la résistance de ce dernier. En outre il faut que la dépossession soit la conséquence directe de la violence et qu'elle soit personnelle à l'adversaire, car toute violence exercée par un tiers et dont on profiterait n'aurait pas pour résultat d'entacher la possession de violence sauf une restriction au cas d'*accessio possessionum*. Ce point est incontestable dans l'interdit *Unde vi quotidiana*, aussi doit-on l'admettre *a fortiori* pour l'*Utrubi*. Imaginons par exemple qu'une personne tente d'arracher violemment un meuble à son possesseur : celui-ci sous l'empire de cette violence consent à en faire la tradition. Le vice de violence existerait-il dans cette hypothèse ? Non évidemment, car on peut dire *coactus voluit sed voluit* ; le consentement donné exclut donc toute idée de violence ; l'action *quod metus causa* sera ouverte au *dejectus*. L. 9, pr. D. *quod metus causa* 4, 2.

Puisque l'interdit *Utrubi* et l'interdit *Unde vi* répriment l'un et l'autre la violence, comment se fait-il cependant que le possesseur dépouillé ne puisse pas choisir entre ces deux voies ? De tout temps en effet, le droit romain a rejeté l'application de l'*Unde vi* en matière mobilière. L. 1, § 7, D. *De vi*, 43, 16. — Paul, S. V, 6, § 1. Il se peut que l'adversaire possède sans violence ; si nous avons possédé plus longtemps que lui dans l'année, nous le déposséderons. Mais le *raptor* n'a qu'une possession viciieuse à notre égard ; pour nous faire réintégrer, nous n'aurons donc qu'à nous servir de l'*Utrubi* dans l'année utile. Il n'était donc pas nécessaire de donner au possesseur deux moyens différents de rentrer dans sa possession.

§ 2. — Absence de clandestinité.

La clandestinité consiste à s'introduire furtivement dans la possession d'une chose à l'insu de la personne de la part de qui on redoute une contestation. Pour dire que la clandestinité existe, il faut évidemment considérer les circonstances dans lesquelles elle s'est produite, *originem nanciscendæ possessionis*, disent les textes. Un voleur sera un possesseur clandestin.

§ 3. — Absence de précarité.

L'étude de cette condition a déjà été ébauchée lors de l'examen des caractères généraux de la possession. Nous avons dit en effet, que la seule possession *ad interdicta* est caractérisée par l'existence simultanée du *corpus* et de l'*animus*. Or, il apparaît nettement que le précariste ne peut avoir l'*animus domini*. Cependant par une dérogation aux principes du droit commun, la *possessio ad*

interdicta est accordée aux précaristes de même aux créanciers gagistes.

Quelle est la raison de cette exception ? Le précaire au début ne formait pas un contrat ; c'était un simple fait n'engendrant ni droits ni obligations, dénué de toute valeur juridique. De sa nature, il était essentiellement révocable ; l'interdit *de precario* protégeait le propriétaire auquel on refusait de restituer la chose. Le précaire cesse à la mort du précariste ; si les héritiers de celui-ci gardent la chose, ils ne continuent pas la possession du *de cuius* ; le concédant a contre eux l'interdit de *clandestina possessione*, F.V. 6, § 12. A l'époque classique, les règles du précaire se sont modifiées en même temps que son usage s'est généralisé à un grand nombre de cas qui, ni de près ni de loin, ne ressemblent à l'institution primitive et ne correspondent à son but. C'est ainsi qu'il intervient à cette époque entre un vendeur et un acheteur, un créancier gagiste et un débiteur.

L'interdit *Utrubi* exige pour que le possesseur réussisse, que sa possession ne soit pas précaire au regard de l'adversaire. Cette règle consacre le principe que nul ne peut de son chef changer la cause de sa possession.

Tels sont les trois caractères négatifs que doit revêtir la possession.

Observons qu'on doit se placer, pour apprécier le caractère de la possession invoquée, au moment de son acquisition. Tout changement survenu depuis est inopérant, à moins que ce changement ne porte sur la cause même de la possession.

II^e SECTION

EXCEPTION D'ANNALITÉ

Une deuxième exception peut être opposée ; c'est l'exception d'annalité à propos de laquelle nous devons faire la même remarque que pour l'*exceptio vitiosæ possessionis*. Elles ne se rencontrent en effet ni l'une ni l'autre dans le texte de l'*Utrubi*, mais dans celui de l'*Uti possidetis*. Cependant il n'en est pas moins constant qu'elles sont l'une et l'autre applicables à l'*Utrubi* et que nous devons raisonner ici encore par voie d'analogie.

La règle posée par le droit romain est celle-ci : la victime du trouble devra, à peine d'irrecevabilité, agir dans l'année de la *vis contra edictum* qui forme le point de départ du délai. Cette notion de l'annalité se rencontre fréquemment en droit romain et de nombreux textes y font allusion.

Quelle est la nature de cette prescription ? Est-ce la formule qui se trouve périmée par le délai d'un an ou l'interdit lui-même, car deux textes envisagent les deux hypothèses ? (S. P. IV. 6. 7.) (I. 4. D. 43. 1.) Cette dernière loi édicte le principe général d'après lequel les interdits sont soumis à une prescription annale, en même temps qu'ils sont perpétuels pour l'enrichissement. La loi 35 D. 44. 7 exprime la même pensée, ce qui nous permet de dire malgré l'absence du texte, que l'*Utrubi* doit suivre les mêmes règles. Du reste les actions pénales honoraires ne peuvent être valablement intentées que dans l'année, sauf pour l'enrichissement ; elles sont données contre les héritiers dans la mesure de cet enrichissement.

Nous admettrons comme certain que ce délai d'un an commence à courir du jour de la *vis facta contra edictum*, mais ce point a été très vivement contesté par les partisans d'une théorie dont nous devons dire quelques mots bien qu'elle ne rentre pas absolument dans le cadre de notre étude. Elle peut se résumer ainsi : la partie pénale de l'instance poursuivie par le *judicium cascellianum* est perpétuelle et la partie *rei*-persécutoire obtenue par le *judicium secutorium* est annale (1).

Il en résulterait ainsi que si la poursuite en réparation du préjudice causé est seule limitée au délai d'un an, c'est à partir du *judicium secutorium* que l'on doit se placer pour apprécier si on est encore dans les délais. Cette théorie a été énergiquement combattue. Nous admettons quant à nous que l'interdit tout entier est soumis à cette prescription et non pas seulement l'élément *rei*-persécutoire (2).

(1) Voir M. Bourcart, p. 77 et M. Toutain, p. 75.

(2) M. Bourcart s'exprime ainsi à ce propos : « Ainsi lorsqu'une atteinte a été portée à la possession, il faut demander l'interdit dans l'année ; en d'autres termes, le trouble ne doit pas remonter à plus d'un an pour qu'on en tienne compte. Et ce que je dis du trouble passé, je le dirai du trouble futur. Je me place à cette période primitive où l'interdit n'était pas encore une mesure générale, ayant pris place dans l'Edit. Une personne sous le coup d'un trouble ou seulement d'une menace sollicite l'interdit. Ce n'est encore qu'un ordre conditionnel, qui attend, pour se fixer, une nouvelle atteinte. Cette atteinte doit se produire dans l'année, parce que l'interdit est une action honoraire pénale et que ces actions se prescrivent par un an. Cette observation montre bien la nécessité pratique d'admettre l'application de l'interdit au préjudice éprouvé ; autrement en ayant soin d'attendre chaque fois une année après la délivrance de l'ordre conditionnel, on aurait pu porter impunément le trouble à la possession d'un autre ; l'interdit serait toujours arrivé trop tard pour le réprimer (p. 82).

Terminons en disant que la prescription du *judicium secutorium* est indépendante de l'annalité de l'*Utrubi*.

L'interdit étant annal, les exceptions de nature à en paralyser l'effet doivent l'être également, puisque ce ne sont que des interdits reconventionnels. Un auteur (M. Witte) l'a nié en s'appuyant sur la loi l. § 5 D. 43. 17 qui est ainsi conçue : *perpetuo autem huic interdicto insunt hæc : quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides*. On tire argument dans ce système du mot *perpetuo* dont on détourne le sens grammatical, et l'on arrive ainsi à dire que l'*exceptio vitiosæ possessionis* est perpétuelle dans l'*Uti possidetis* et doit par conséquent l'être également dans l'*Utrubi*. Il est facile de répondre à cette argumentation que le mot *perpetuo* n'a pas le sens qu'on veut bien lui attribuer. La loi romaine signifie simplement que l'interdit *possidetis* implique toujours l'*exceptio* de possession vicieuse, alors que l'interdit *Unde vi* ne l'admet que lorsque la violence n'a pas pour fondement une *vis armata*.

III. SECTION

VIS CONTRA EDICTUM

Demandons-nous maintenant en quoi consiste la *vis contra edictum*, qui forme la base de toute la procédure de l'interdit. Nous pouvons dire que son existence implique une désobéissance à l'ordre du préteur. « *Vim fieri veto* » a dit le magistrat aux parties en cause ; si cette injonction formelle n'est pas respectée, il y a *vis contra edictum*. Le trouble à la possession qui vient de se manifester, donne alors [au possesseur en même temps que le

droit d'agir, un intérêt à le faire. Si un trouble ne s'était pas révélé, le possesseur n'eût eu alors aucune raison de plaider. De quoi eût-il pu se plaindre, puisqu'aucun fait extérieur et tangible n'avait permis jusqu'alors de concevoir une prétention rivale à la sienne. Un trouble est donc nécessaire pour justifier la procédure de l'interdit. Mais les Romains ne tardèrent pas à élargir cette idée de la *vis* et ils arrivèrent rapidement à la notion de la *vis ex conventu* ; dans cette hypothèse aucun trouble matériel n'a été commis ; le trouble est fictif : on dit alors que la *vis* est *ex conventu* car les parties acceptent la fiction qui sert ainsi de base à leurs *sponsiones* réciproques.

Plusieurs questions se posent relativement à la *vis* : peut-elle être antérieure ou postérieure à l'interdit ? Et en second lieu de quelle nature est le trouble pouvant constituer la *vis*, autrement dit, toutes les atteintes à la possession sont-elles capables d'engendrer une *vis contra edictum* au sens juridique du mot ?

La solution de la première question, relative à la postériorité ou à l'antériorité du trouble par rapport à l'émission de l'interdit, trouvera sa place naturelle dans le chapitre des diverses fonctions de l'*Utrubi*. De même lors de l'étude de la fonction préventive de l'interdit, nous analyserons une de ses facultés, grâce à laquelle le possesseur peut se mettre en garde contre les troubles éventuels.

Reste à examiner la seconde question concernant la nature de l'atteinte portée à la possession. Nous devons nous demander si tous les troubles quels qu'ils soient, constituent une *vis contra edictum*, et si d'autre part il est nécessaire que l'atteinte portée ne soit pas allée jusqu'à la dépossession.

On ne peut poser en principe que tous les troubles en

général constituent une *vis contra edictum*. En effet, i ne faut pas perdre de vue que nous sommes en présence d'un interdit possessoire et que si de la part de l'auteur du trouble il n'y a pas de prétention contraire à celle du possesseur, le trouble ne sera que matériel, mais il ne revêtira pas un caractère juridique capable d'en faire une *vis contra edictum*. Ajoutons, pour mieux préciser cette idée, que la prétention possessoire doit être plutôt objective que subjective ; on doit ainsi considérer le fait en lui-même et voir si de sa nature et dans les circonstances où il s'est produit, il n'implique pas une prétention à la possession (1).

Cette réserve faite, tous les faits quels qu'ils soient peuvent constituer une *vis*.

Il n'y avait qu'un pas à faire pour arriver à la notion d'une *vis* symbolique : ce pas a été franchi et la *vis ex conventu* donna le moyen aux parties de procéder aux *sponsiones* réciproques, sans que de la part du contestant un nouveau trouble eût été nécessaire.

Si nous résumons les règles à déduire des principes que nous venons de poser, nous pouvons dire que la *vis* consiste dans un fait positif aussi bien que dans un fait négatif et que l'intention n'est pas surtout considérée dans la personne de l'auteur, mais plutôt dans le fait lui-même.

Passons à l'examen du second principe : est-il nécessaire d'une façon générale que ce trouble ne soit pas allé jusqu'à la dépossession ? Dans l'interdit *Uti possidetis* la réponse est affirmative, sinon le possesseur dépouillé n'aurait que la ressource de l'*Unde vi*. Mais en matière

(1) M. Bourcart, p. 53.

mobilière peu importe la gravité du trouble, la *vis* est réprimée par l'*Utrubi* lors même qu'elle est allée jusqu'à la dépossession complète. La différence tient à cette idée que l'*Uti possidetis* implique pour être exercé avec succès la possession actuelle, puisqu'il est donné *retinendæ possessionis causa*.

IV^e SECTION

DURÉE DE LA POSSESSION

La dernière condition indiquée dans la formule de l'*Utrubi* est relative à la durée de la possession. « *Majore parte hujusce anni* » dit le préteur, ce qui signifie que le vainqueur sera celui des deux rivaux qui aura possédé le plus longtemps dans l'année en remontant à partir du jour de l'émission de l'interdit. (S. P. V. 6. § 1). Pour comparer la durée des deux possessions invoquées on part du jour même de l'émission de l'interdit, qui forme un des deux points extrêmes et l'on remonte à douze mois en avant. C'est dans l'intervalle compris entre ces deux dates que la possession respective de chacun est supputée. Aulus Agerius réclame un interdit au premier jour du mois d'août et nous supposons qu'il possède depuis le mois de janvier de l'année, soit en fait huit mois. Numerius Negidius a possédé depuis le mois d'avril par exemple de l'année précédente, ce qui fait neuf mois consécutifs ; cependant il échouera sur l'interdit, car il n'a en réalité possédé utilement que cinq mois dans l'année dont tient compte le magistrat.

Il n'est pas nécessaire au surplus que la possession ré-

unie de l'un et de l'autre ait duré toute l'année. L'emportera celui qui aura possédé dans cette année plus longtemps que son adversaire, ne serait-ce que quelques jours seulement. La possession peut être discontinuée, intermittente : on fera le total de ces fragments de possession que l'on réunira pour n'en former qu'une seule qui sera seule apprécié par rapport à celle de l'adversaire. Remarquons que le juge, en tranchant cette question de durée de la possession, ne saurait rien préjuger relativement à l'usucapion, à l'action publicienne et à l'acquisition des fruits, solutions qui restent ainsi complètement entières.

Nous devons nous demander maintenant pourquoi cette règle applicable à l'*Utrubi* ne l'est pas à l'*Uti possidetis* ? La raison que l'on peut en donner, est tirée de la nature même des choses. Si l'on compare en effet la possession immobilière à la possession mobilière, on s'aperçoit immédiatement que cette dernière n'a et ne saurait avoir la stabilité de la première. Du reste en se reportant aux principes que nous avons pris soin de poser au début de cette étude, on sait que la possession immobilière s'est conservée de bonne heure *animo solo*. La règle applicable d'abord aux *saltus æstivi et hiberni* seulement n'avait pas tardé à se généraliser à tous les immeubles : la possession ne put donc à ce moment exister pour le possesseur d'un immeuble qu'à partir de l'instant où il eut connaissance de l'atteinte dont il était victime. La possession mobilière se perdait au contraire avec plus de facilité et la plupart du temps il n'était pas nécessaire que le possesseur connût l'usurpation du tiers, pour être dépossédé. Si l'on déduit maintenant les conséquences logiques de ces règles de la perte de la possession mobilière et immobilière, on arrive à cette constatation que la dépossession du possesseur d'un immeuble, bien que possible,

est relativement difficile, puisqu'elle ne commence juridiquement qu'à partir du moment où le possesseur est prévenu de la main mise sur son immeuble. La possession actuelle implique donc l'apparence d'un droit sérieux et respectable que l'on protège avec plus de raison qu'une possession ancienne. Il n'est pas normal, en effet, que l'ancien possesseur ait toléré plus longtemps cet état de choses et n'ait pas protesté le jour même où il a connu l'atteinte et où a commencé la possession rivale. Mais en matière mobilière, la nature même des choses devait inspirer d'autres règles, car l'extrême mobilité des meubles empêchait de faire présumer avec la même force le bien fondé du droit du possesseur actuel. Le prêteur avait dû nécessairement chercher un criterium plus sûr et moins instable, d'où cette règle de la durée des possessions.

Nous venons de dire plus haut comment s'appréciaient les possessions. Non seulement on doit considérer la possession de chacun des rivaux, mais on doit également tenir compte de la possession que chacun peut invoquer du chef de son auteur soit à titre universel, soit à titre particulier. C'est là la théorie de l'*accessio possessionum* qui se justifie par cette raison, que dans certaines hypothèses le droit aurait sans elle consacré de véritables iniquités : un acquéreur, par exemple, aurait pu grâce à l'*Utrubi* être sacrifié à son vendeur.

§ I. — *Conditions de fond de l'accession.*

1° Il faut que la personne qui invoque le bénéfice de la possession d'autrui, possède elle-même, sinon rien ne prouverait qu'il n'y a pas eu entre les deux possessions une solution de continuité. Cette nécessité s'impose soit au successeur à titre universel soit au successeur à titre

particulier. Certains jurisconsultes se sont demandés si l'*accessio possessionum* n'était pas permise à l'héritier indépendamment de toute possession personnelle. Ulpien (L. 13. § 4 *De adq. pos.*) répond par la négative condamnant cette doctrine comme contraire aux vrais principes du droit (Machelard, p. 228). Il ne faut pas en effet perdre de vue que la possession est une *res facti* et on ne peut pour établir un fait en supposer un autre accompli ; c'est ce résultat auquel on serait arrivé dans la théorie proposée. (M. Toutain, p. 67.)

Il faut encore que l'auteur ait possédé personnellement et valablement ; si un intermédiaire existe, celui-ci doit avoir également eu une possession personnelle avec des caractères juridiques propres à faire accorder la ressource de l'interdit. On doit, en remontant d'auteur en auteur, ne trouver aucune interruption dans les possessions, de même aucun changement dans les qualités de la possession, car il faut qu'elle soit non seulement absente de vices par rapport au contendant actuel, mais encore vis à vis de celui dont on se réclame.

2° *Nécessité d'une transmission régulière.* — L'accession des possessions n'est invoquée avec succès, que lorsque le possesseur actuel a été mis en possession par autrui, quel que soit le mode de transmission et sans avoir à s'arrêter au point de savoir si cette transmission aurait pu occasionner un transfert de propriété. Lorsque le possesseur s'est mis en possession de lui-même, il ne peut profiter de la possession de son prédécesseur : la raison en est facile à saisir. Si je possède avec le consentement d'autrui, la possession d'autrui est censée être la mienne ; je puis donc réunir cette précédente possession à la mienne qui continue ainsi avec le même caractère ; mais si au contraire je me suis mis en possession de moi-même,

je ne puis dire en vérité que mon auteur est censé avoir possédé en mon nom. Remarquons en terminant que les règles de l'accession sont ici moins sévères qu'en matière d'usucapion où l'on exige la *justa causa* et la *bona fides*.

Ces principes posés, comment devant le juge le plaideur fera-t-il sanctionner le bénéfice de l'accession qu'il invoque ? Le juge sera-t-il tenu de rechercher si cette faveur existe au profit des deux rivaux, si on ne la lui réclame pas expressément ; en un mot l'accession opère-t-elle *ipso jure* ? Avec M. Toutain nous répondrons par la négative (p. 73).

L'accession se produit malgré le précédent possesseur. Un exemple le démontrera : un acheteur invoquera avec succès la possession de son auteur à l'encontre de ce dernier. Sinon ce dernier pourrait de mauvaise foi reprendre sa chose. Une fois la transmission de la chose accomplie, le *tradens* n'a plus de droit et il ne saurait à ce moment dépendre de lui, d'empêcher son ayant-cause d'al-léguer victorieusement la possession précédente.

CHAPITRE VI

Effets de l' « *Utrubi* ».

Supposons qu'un possesseur d'un meuble soit troublé par un tiers : nous savons déjà que le préteur lui accorde la ressource de l'interdit. Imaginons alors qu'il triomphe de son adversaire. Quel sera le résultat du procès ? La solution intervenue l'indemniserait-elle complètement de tous les dommages qu'il a pu subir ? D'autre part, n'y aura-t-il pas une présomption sérieuse de propriété ? Quelle sera la peine encourue par ce plaideur qui n'aura pas craint d'enfreindre l'injonction du magistrat ? Telles sont les diverses questions que nous avons à résoudre et que nous avons déjà ébauchées lors de l'étude des diverses condamnations possibles à la suite de la délivrance de l'interdit. Nous sommes ainsi amené par l'analyse, à ranger sous cinq catégories les fonctions de l'interdit *Utrubi*.

1° Fonction pénale.

2° Fonction préventive.

3° Fonction réparatoire.

4° Fonction préparatoire.

5° Fonction récupératoire.

I^{re} SECTION

FONCTION PÉNALE

Les explications que nous avons données relativement

au mécanisme des *sponsiones* et des *restipulationes* réciproques nous dispensent de nous arrêter plus longtemps à l'étude de cette fonction. La double condamnation qui interviendra contre celui des plaideurs évincé n'aura trait qu'à une peine qui sera du montant de la *sponsio*. La somme reviendra au vainqueur, au lieu d'échoir au trésor public comme dans le *sacramentum*.

Le caractère pénal est ici incontestable : c'est soit la peine encourue par le demandeur téméraire, soit la sanction apposée à la résistance ou à la désobéissance du défendeur.

II. SECTION

FONCTION PRÉVENTIVE

La formule de l'interdit interprétée grammaticalement implique l'éventualité d'un trouble et non l'existence d'un trouble déjà commis. « *Vim fieri veto* » dit le magistrat, ordonnant ainsi à l'une et à l'autre des parties de respecter la possession. A cet égard on peut dire que l'*Utrubi* a une fonction préventive ; mais s'il est vrai que nous devons lui reconnaître cette physionomie à une certaine époque du droit, on n'en a pas moins soutenu qu'au début tel n'était pas son rôle et que l'*Utrubi* avait eu originairement pour but de fixer dans les procès en revendication mobilière les rôles de demandeur et de défendeur. Que nous reconnaissons cette utilité à l'*Utrubi*, en cela nous sommes d'accord avec tous les auteurs, mais nous ne le sommes plus lorsqu'il s'agit de dire que telle a été autrefois sa raison d'être. Nous nous en rapportons du reste sur ce point à ce que nous avons écrit plus haut dans les considérations préliminaires de cette étude.

Nous ne passerons pas sous silence une théorie originale émise par de Savigny et d'après laquelle sans aucun trouble antérieur et sans revendication projetée, à propos de laquelle les parties pourraient avoir intérêt à faire déterminer les rôles au procès éventuel, on est en droit d'agir contre celui à qui on suppose l'intention de vouloir troubler un jour le possesseur actuel. On peut, dit de Savigny, exiger de cet auteur possible d'un trouble futur une *cautio*, que les commentateurs ont appelée la *cautio non amplius turbandi*. (Machelard, p. 209). Signalons que cette théorie du savant auteur allemand a été émise à propos de l'*Uti possidetis*, mais il n'y a aucune témérité à l'étendre à l'*Utrubi*, et pour cette raison nous prenons soin de la discuter.

Cette *cautio* consisterait dans une *satisfactio* : celui qui refuserait de s'engager avec l'adjonction de fidejusseurs serait exposé à subir une condamnation. Telle est la théorie de de Savigny. Elle ne s'appuie sur aucun texte et le savant auteur est obligé d'avouer qu'il n'y a nulle part de texte favorable à sa doctrine ; cet aveu est précieux. « Toutefois, ajoute de Savigny, la faculté d'exiger une *satisfactio*, découle du droit général de faire exécuter une sentence et n'a pas besoin d'être écrite formellement dans la loi. » (Machelard, p. 207). L'erreur de cette théorie provient de ce qu'il ne s'agit pas, comme l'imagine à tort de Savigny, d'exécuter une sentence mais au contraire de l'obtenir, ce qui est complètement différent. Au surplus conçoit-on raisonnablement la possibilité d'agir contre une personne qui n'a même pas, par des propos jetés à la légère, manifesté son intention de troubler un jour. Une telle poursuite ne serait-elle pas arbitraire et vexatoire ? Aussi n'hésitons-nous pas à repousser cette doctrine qui

n'a même pas pour elle l'interprétation plus ou moins abusive d'un texte.

III. SECTION

FONCTION RÉPARATOIRE

Si la voie de fait est antérieure à l'émission de l'interdit, le juge aura-t-il le droit d'apprécier le dommage qui a pu en résulter ? Cette question a soulevé de vives controverses. Keller (1) a prétendu que l'interdit *Uti possidetis* étant prohibitif, il était impossible que le juge eût pour mission de statuer sur le dommage antérieur à la défense. La même discussion doit évidemment s'élever à propos de l'*Utrubi* ; aussi ne raisonnerons-nous que de l'*Uti possidetis*, car ce qui est applicable à celui-ci l'est par analogie à l'*Utrubi*. De Savigny et un certain nombre d'auteurs admettent au contraire que le juge a le droit d'évaluer le dommage occasionné par la voie de fait antérieure à l'émission de l'interdit.

Voyons les arguments proposés par les partisans de ces deux théories contradictoires.

Keller résume son système en disant qu'il n'y a de défense possible que pour l'avenir et non pour le passé. La question à soumettre au juge, et sur ce point tout le monde est d'accord, est de dire s'il y a eu ou non désobéissance à l'interdit. Une condition *sine qua non* fait donc défaut, relativement à ce dommage antérieur, car le juge n'a pas reçu mission d'affirmer l'existence de cette voie

(1) Keller. *Zeitsch. für gesch. Recht W.*, t. XI, p. 306. (Machellard, p. 200.)

de fait. Cependant il ne faut pas croire que le possesseur troublé doive être ainsi sacrifié : les Romains ne l'ont pas voulu, et leur législation donnait à ce possesseur la ressource des interdits restitutoires. Ce qui prouve surabondamment, dit Keller, que l'*Uti possidetis* ne peut faire obtenir la réparation du préjudice déjà consommé, c'est qu'il arrive à ne faire tenir compte au vainqueur que des fruits produits depuis le jour de l'émission de l'interdit ; à fortiori doit-il en être de même des dommages causés avant cette date. Cette théorie arrive à refuser tout dédommagement pour le préjudice antérieurement produit.

Certains auteurs, partant du même principe mais le poussant dans ses extrêmes conséquences, admettent l'exercice d'une action *in factum* permettant d'obtenir la réparation du préjudice dans les hypothèses où la voie récupératoire aurait été insuffisante.

Nous préférons le système de de Savigny. S'il est vrai que la théorie adverse soit en conformité parfaite avec le sens grammatical des mots compris dans la formule, elle n'est plus en concordance avec la physionomie générale qu'il faut reconnaître à l'interdit. Le dommage ne doit pas remonter à plus d'une année : *infra annum quo primum experiundi potestas fuerit*. Comment alors expliquer cette condition dans le système de Keller ? On l'a tenté en disant que cette condition d'annalité n'avait trait qu'à la durée de l'interdit qui se serait ainsi périmé. Nous avons déjà fait bonne justice de cette théorie.

Le juge désigné par le magistrat reçoit mission d'apprécier l'intérêt que le gagnant avait à conserver la possession, *quantum interest retinere possessionem*, ce qui implique nécessairement une possession paisible et par conséquent l'appréciation du dommage qui a pu être causé par l'atteinte portée à cette possession. Ajoutons encore

avec Machelard, que dans la théorie de Keller on accorde trop d'importance et au préalable de l'interdit qui a disparu à l'époque classique et à sa forme prohibitoire. Si le possesseur a intérêt à faire cesser tout trouble futur, n'a-t-il pas à plus forte raison un intérêt plus sérieux et simultané à faire réparer la perte déjà subie? De même encore cette idée de prohibition ne doit pas être restreinte à l'avenir; elle doit s'appliquer à tout moment, car elle existe d'une façon constante. Quand un trouble a été commis, son auteur a dû savoir qu'il s'était livré à un acte répréhensible et réparable.

En dernier lieu objectons à la théorie de Keller sa complication inutile. Quant à l'argument tiré de la règle suivie pour les fruits, la réponse est facile; cette règle saine ment interprétée signifie que l'usurpateur ne rendra les fruits au possesseur qu'à partir du moment où sa dépossession commence, c'est-à-dire à partir de l'instant où celui-ci connaît la prétention de son adversaire, car auparavant les fruits sont recueillis sans opposition. La règle n'est donc pas opposable à notre système, aucune assimilation ne pouvant être faite des fruits avec les dommages antérieurs à l'émission de l'interdit.

Ceci admis, quelle était la base de la condamnation possible? Sur ce point les jurisconsultes romains différaient d'opinion. D'après les uns c'était la valeur de la chose qui devait guider le juge, d'après d'autres, Ulpien par exemple, c'était l'intérêt qu'avait le vainqueur à garder sa possession.

IV. SECTION

FONCTION PRÉPARATOIRE

Si nous prenions à la lettre les écrits de Gaius et de Justinien, sans les contrôler historiquement, nous serions d'après ces deux auteurs en présence d'une fonction principale de l'*Utrubi*, car d'après eux il n'aurait eu d'autre but que de servir de préalable à la revendication. Nous avons déjà au début de cette étude exprimé notre façon de penser sur cette allégation de ces deux jurisconsultes. Mais s'il est vrai que telle ne soit pas la raison d'être de l'*Utrubi*, il n'en est pas moins constant que dans beaucoup de cas, il arrive à ce résultat. Aussi avons-nous pris soin en rectifiant l'erreur de ces auteurs, de présenter cette fonction de l'*Utrubi* comme dérivée et non pas comme principale.

Dans les procès en revendication, on se rappelle qu'un premier débat s'élève entre les parties relativement à la possession intérimaire de la chose litigieuse. Quel est celui des deux plaideurs qui doit obtenir les *vindiciæ*? Sur ce point nous en sommes réduit à de pures conjectures et cependant l'esprit si logique, si juridique des Romains nous pousse à croire que le prêteur n'attribuait pas arbitrairement ces *vindiciæ*. Nous sommes d'autant plus fondé à l'admettre que Cicéron dans son plaidoyer *pro Cœcina* parle d'une *deductio quæ fit moribus*, c'est à dire d'un moyen accordé aux parties de s'entendre sur la possession intérimaire. C'est l'hypothèse de M. Witte. Il est fort probable que ces règles que nous ne connaissons pas, ont dû se confondre avec celles de l'*Utrubi* et de

l'*Uti possidetis* et que ces dernières n'ont pas tardé à les remplacer, d'où leur disparition complète et pour les modernes l'absence totale de renseignements. Il n'est pas non plus impossible que les parties aient cherché, grâce à un moyen détourné, à éviter dans la mesure du possible l'arbitraire des *vindiciæ*. L'*Utrubi* pour les meubles et l'*Uti possidetis* pour les immeubles ont dû servir à réaliser ce résultat. A cet égard on peut donc dire que l'*Utrubi* est le préalable de la revendication, mais ce serait selon nous commettre une erreur grave que de croire que telle a été la raison d'être de cet interdit.

V. SECTION

FONCTION RÉCUPÉRATOIRE

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de cette physionomie originale de l'*Utrubi*, qui non-seulement peut être rangé dans les interdits *retinendæ*, mais encore dans les interdits *recuperandæ*. Cependant ce n'est ici qu'une question de mots.

En quoi consiste le caractère récupérateur de l'interdit ? Un exemple le fera facilement saisir. Un possesseur a été dépouillé ; il ne possède plus au moment de l'interdit, puisque telle est notre hypothèse ; cependant si le juge décide soit que la possession de son rival est viciieuse à son égard, soit que n'étant pas viciieuse, elle a duré moins longtemps que la sienne, il gagnera forcément son procès contre l'usurpateur et recouvrera la possession qu'il avait perdue. Sous ce point de vue l'*Utrubi* est donc récupérateur. La formule de l'interdit elle-même

démontre suffisamment ce rôle, car le préteur fait triompher celui qu'il juge avoir possédé le plus longtemps dans l'année. Il faut donc admettre que de tout temps l'*Utrubi* n'a pas seulement protégé la possession actuelle, mais a servi au possesseur dépouillé à reconquérir la possession perdue. La conséquence à en tirer, dit Machelard, c'est que les Romains avaient admis en matière de meubles un droit de possession, *jus possessionis*, survivant à la perte de la détention. Comment expliquer cependant que tous les auteurs rangent l'*Utrubi* dans les interdits *retinendæ* : on peut répondre que de bonne heure les Romains avaient dû admettre la conservation de la possession pendant un certain temps, indépendamment du *corpus*, en sorte que le vainqueur sur l'interdit reprend à nouveau plutôt la détention qu'il ne recouvre la possession.

Précisément à raison de cette extension que le droit romain avait donnée à l'*Utrubi*, on conçoit facilement les motifs pour lesquels il avait refusé l'application de l'*Unde vi* en matière mobilière. On repoussait ainsi pour les meubles les interdits *recuperandæ* que l'on appliquait cependant aux immeubles. Ulpien nous le dit d'une façon formelle dans la loi 1, § 6 *De vi*, 43. 16. Il ajoute que le *dejectus* recourra suivant le cas soit à l'*actio furti*, soit à l'*actio vi bonorum raptorum*, soit à l'*actio ad exhibendum*. Mais, ainsi que le fait très judicieusement remarquer de Savigny, ces trois actions sont moins utiles et moins favorables que l'eût été un interdit *Unde vi* applicable en matière mobilière. L'une et l'autre de ces actions exigent des conditions qui ne sont pas nécessaires pour exercer l'*Unde vi*. Ainsi le possesseur de mauvaise foi ne peut triompher dans l'*actio furti*, alors qu'il peut vaincre dans l'*Utrubi* si aucun vice n'existe à l'égard de son adversaire. Nous préférons un autre motif allégué par

de Savigny : l'*Unde vi* n'est pas applicable aux meubles pour cette raison qu'il y aurait eu double emploi, l'*Utrubi* jouant le rôle d'un interdit récupératoire.

Nous arrivons à l'étude d'une application des plus originales de l'*Utrubi*. On sait que la loi Cincia qui rentre dans la catégorie des *leges imperfectæ*, c'est-à-dire des lois qui ne contiennent pas en elles-mêmes leur propre sanction, a pour but de remédier aux entraînements irréflechis d'un donateur laissant trop libre cours à sa générosité. Cette loi fixe un *legitimus modus* qu'on ne peut dépasser. Si un donateur fait une donation dépassant le taux fixé, la donation n'est pas annulée, bien que s'adressant à une personne *non excepta*, mais on procure à ce donateur un moyen légal de revenir sur sa première inspiration. Au moyen d'une exception, il peut reprendre la chose donnée. La mancipation suivie de tradition pour les immeubles, *mancipi*, et la simple tradition pour les fonds provinciaux emportaient le dessaisissement complet du donateur d'un immeuble : aucun remède ne le prémunissait contre les élans de sa générosité. Il n'en était pas de même pour les meubles : même après la mancipation suivie de la tradition simple pour les *res Mancipi* et la tradition simple pour les *res nec Mancipi*, le donateur pouvait reprendre la possession de la chose donnée au moyen de l'*Utrubi*, qui le faisait triompher tant que la possession du donataire n'était pas plus longue que la sienne et cela dans l'année. La donation n'était donc en réalité définitive et inattaquable que lorsque le donateur avait laissé le donataire acquérir une possession supérieure en durée à la sienne. Si le donataire opposait l'exception *rei donatæ et traditæ*, il se voyait repoussé par la *replicatio legis Cinciae*. (Frg. V. 293. 311.) Cette application remarquable de l'*Utrubi* prouve donc

d'une façon incontestable l'effet récupérateur de cet interdit.

Aussi n'hésitons-nous pas à conclure en disant que l'*Utrubi* est une action destinée à protéger la possession pour elle-même. Le caractère réel de l'*Utrubi* se trouve ainsi complètement mis en lumière ; on peut donc dire que les interdits *Uti possidetis* et *Utrubi* jouent en droit romain le même rôle que dans notre droit les actions possessoires.

CHAPITRE VII

Historique.

Arrivé à ce point de notre étude, nous devons exposer maintenant les divers changements apportés par la législation romaine aux règles de l'*Utrubi* qui, avec l'*actio furti*, les *condictiones possessionis* et les actions *in factum* dans certains cas, complète le système de la protection mobilière.

Le premier changement apporté date d'une constitution de l'année 389, des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. Elle forme la loi 7 au Code (*de Unde vi*, 8. 4.) Quelle est la portée de cette transformation ? A notre avis elle a eu pour but d'empêcher qu'on ne se fasse justice à soi-même ; et ce qui nous pousse à l'admettre, c'est ce fait que la constitution est dirigée surtout contre le propriétaire qui use de violence pour se remettre en possession de sa chose. La sanction apposée est la perte de la propriété de cette chose ou sa restitution avec sa valeur selon que l'auteur de la violence est le propriétaire ou un tiers. Ainsi se trouve complétée la protection de la possession, protection qui dans certains cas n'était pas suffisamment efficace, surtout lorsque l'auteur de la violence était le *dominus* lui-même. Le possesseur troublé par le *dominus* n'avait plus grâce, à la nouvelle constitution, à craindre un débat pétitoire, puisque la chose lui était attribuée en propriété. Ainsi, le fait de se rendre justice à soi-même entraînait la déchéance du droit.

De Savigny donne une autre portée à cette constitution; d'après lui, en effet, elle aurait eu pour but d'étendre l'application de l'*Unde vi* aux meubles, ce qui serait prouvé, dit-il, par la place même qu'elle occupe au Code sous le titre *Unde vi*. Or, comme on n'a pas pris soin d'indiquer les règles spéciales qui régissent cette innovation, nul doute que l'on ait voulu s'en rapporter à celles de l'*Unde vi*. Il y a plus encore, la seule condition imposée pour obtenir le bénéfice de la constitution est d'être possesseur; on est donc en présence d'un interdit *recupera-
randæ possessionis causa*, ce qui revient à dire que l'*Unde vi* a été étendu aux meubles.

Cette théorie a été combattue par un grand nombre d'auteurs qui ont fort bien fait remarquer, que s'il est vrai que la constitution a pour résultat de protéger la simple possession, il n'en est pas moins constant que la faculté de recouvrer la possession perdue était reconnue à l'*Utrubi* à l'époque classique. Nous avons même signalé que si cet interdit est qualifié d'interdit *retinendæ*, il faut malgré tout lui reconnaître un caractère récupérateur que son qualificatif semble devoir, au premier abord, lui faire refuser. L'innovation ne porte donc en réalité que sur la sanction créée pour réprimer la violence.

Au surplus on ne trouve nulle part mention de cette innovation, ce qui paraît d'abord très singulier. Mais admettre que l'*Unde vi* est applicable aux meubles d'après les termes de cette constitution, c'est forcément reconnaître que le dépossédé pourra rentrer dans la possession d'un meuble, même après une année, puisque l'*Unde vi* est perpétuel. Or, nous savons déjà que la victime de la violence doit à peine de non recevabilité agir dans l'année. (Machelard, p. 251.)

En se rapprochant de l'époque de Justinien, une seconde transformation importante se manifeste : l'*Utrubi* est assimilé à l'*Uti possidetis*, qui devient le terme généralement employé. Cette assimilation implique la nécessité d'avoir la possession au moment où la lutte commence. La mission du juge est modifiée : au lieu d'avoir à comparer deux possessions tant au point de vue de la qualité que de la durée, il n'a plus qu'à considérer la possession actuelle qui entraînera le gain du procès.

Justinien nous dit aux Institutes que cette réforme lui est bien antérieure (4. 15. I. 4.) (L. I. D. de *Utrubi*, 43. 31.) [*apud veteres*], et il met dans la bouche d'Ulpien une expression de ce genre. Mais l'interpolation est incontestable, car ce texte est attribué à Ulpien et il est certain qu'à l'époque où vivait ce jurisconsulte, cette règle n'était pas reconnue. En effet, Paul son contemporain, constate formellement le contraire ; celui qui triomphe, dit-il, doit avoir possédé le plus longtemps dans l'année (Paul, V. 6 § 1). A quoi tient ce changement ? Il n'est que le contre-coup des modifications apportées par le droit romain aux principes mêmes qui régissent la possession mobilière ou immobilière. Il est probable que l'on a dû, à une certaine époque, ne plus reconnaître à l'*Utrubi* le bénéfice de cette fiction que nous avons déjà examinée et grâce à laquelle, le possesseur dépouillé recouvrait la détention mais non la possession, ce qui revenait à dire que la possession perdue était en matière mobilière considérée comme conservée. L'assimilation entre meubles et immeubles a donc eu pour but de faire cesser cette dérogation contraire aux vrais principes.

Justinien alla plus loin, et pour protéger le possesseur mobilier qui grâce à la nouvelle règle allait se trouver constamment menacé pour peu que sa possession passât

aux mains d'un tiers, il décida que le fait des représentants ne pourra jamais être opposable, alors même que la chose serait transmise à autrui. L. 12 C. 7. 32. Cette même règle s'applique aux immeubles. Si l'on analyse la décision de Justinien, on arrive à cette constatation que la possession actuelle est protégée au détriment de la possession perdue. Doit-on, dit alors Machelard (p. 233), décider que l'*Utrubi* ne servira plus qu'à réprimer le trouble qu'éprouverait un possesseur actuel mais non à remettre en jouissance celui qui se trouverait dénué ? Cette théorie serait fautive et telle n'a pas été la portée que l'on a voulu assigner à cette réforme ; il reste constant en effet qu'à cette époque les vices de la possession étaient pris en considération et que le possesseur dépouillé devait évincer un rival nanti d'une possession vicieuse. Le simple résultat qui s'impose est que le *de cujus* devra avoir soin d'agir dans l'année : *intra annum quo primum experiundi potestas fuerit*. Il semble en effet que cette condition d'annalité est également applicable aux meubles. Si donc le possesseur actuel ne peut être repoussé par l'existence d'un vice, le *dejectus* n'aura que la ressource de la revendication ou de l'action publicienne, dont les conditions sont beaucoup plus rigoureuses. L'effet récupérateur de l'*Uti possidetis*, c'est-à-dire de l'*Utrubi* puisqu'il y a eu fusion, est donc restreint.

Après Justinien, on sentit la nécessité de protéger la possession dans toutes les hypothèses où le possesseur ne peut faire échouer la possession actuelle par l'exception *vitiosæ possessionis*. Une nouvelle action possessoire a été créée : c'est l'*actio momentariæ possessionis* ou *actio momenti*. (C. Just., l. § 8. 8. 4.)

Cujas, Ihering, ont contesté à ce procédé son caractère

d'action nouvelle et ont refusé d'en faire une action à part et distincte. D'autres auteurs soutiennent que l'*actio momenti* ne serait que l'extension de l'*Unde vi*. Nous n'entrerons pas dans l'examen de ces discussions ; ce que nous tenons à mettre en relief c'est que cette action est applicable aux meubles. Un certain nombre de textes dissipent toute incertitude à cet égard. (L. 8. § 1. C. Théo. 2. 1.) (L. 14. C. Just. 11. 47.)



TABLE

	PAGES
BIBLIOGRAPHIE.	9
CHAPITRE I. — I ^{re} SECTION. — Notions générales sur la possession.	9
II ^e SECTION. — Protection accordée à la possession par le prêteur	19
CHAPITRE II. — I ^{re} SECTION. — Notions générales sur les interdits	23
II ^e SECTION. — Procédure de l'interdit en général.	28
§ 1. — De la procédure préalable à l'émission de l'interdit	28
§ 2. — Procédure postérieure à l'émission de l'interdit.	29
CHAPITRE III. — Caractères juridiques de l' <i>Utrubi</i>	32
§ 1. — L'interdit <i>Utrubi</i> rentre dans les interdits possessoires <i>retinendæ possessionis causa</i>	32
§ 2. — L' <i>Utrubi</i> a un caractère double.	34
§ 3. — Caractère prohibitif de l'interdit.	36
§ 4. — Caractère réel et personnel de l' <i>Utrubi</i>	39
CHAPITRE IV. — Procédure de l' <i>Utrubi</i>	41
CHAPITRE V. — Conditions de succès de l' <i>Utrubi</i>	52
I ^{re} SECTION. — Exception <i>vitiosæ possessionis</i>	52
§ 1. — Absence de violence.	54
§ 2. — Absence de clandestinité	56
§ 3. — Absence de précarité	56
II ^e SECTION. — Exception d'annalité.	58
III ^e SECTION. — <i>Vis contra edictum</i>	60
IV ^e SECTION. — Durée de la possession.	63
§ 1. — Conditions de fond de l'accession.	65
CHAPITRE VI. — Effets de l' <i>Utrubi</i>	68
I ^{re} SECTION. — Fonction pénale.	68
II ^e SECTION. — Fonction préventive.	69
III ^e SECTION. — Fonction réparatoire	71
IV ^e SECTION. — Fonction préparatoire.	74
V ^e SECTION. — Fonction récupératoire.	75
CHAPITRE VII. — Historique.	79



DROIT FRANÇAIS

BIBLIOGRAPHIE

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, par A. Fenet, avocat à la Cour Royale de Paris. — Paris, 1827.

Cours de Droit civil français, par MM. C. Aubry et C. Rau, 4^e édition, 3 vol., 1878. — Paris.

La cité antique, de Fustel de Coulanges. — Hachette, 1883.

C. DEMOLOMBE : *Traité de la puissance paternelle*, 3^e édition, 1866.

Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de doctrine et de jurisprudence, par Dalloz. — Paris, 1857.

Précis de droit civil, par Baudry-Lacantinerie, doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, 3 vol. — Paris, 1889.

Cours de Droit français suivant le Code civil, par Duranton, professeur à la Faculté de droit de Paris. 3^e édition. — Paris, 1834.

C. DEMOLOMBE : *Traité du mariage et de la séparation de corps*, 2 vol., 3^e édition. — Paris, 1866.

Coutumes générales du duché de Lorraine pour les bailliages de Nancy Vosge et Allemagne, nouvelle édition imprimée sur celle de Jacob Garnich de l'an 1614. — Nancy, 1770.

Coutume du bailliage de Bar, avec un commentaire tiré du droit romain, des coutumes de Paris, de Sens

et autres, et des arrêts et réglemens de la Cour de Parlement. — Paris, 1648.

Dictionnaire de droit et de pratique, par Claude-Joseph de Ferrière, doyen des docteurs-régens de la Faculté des droits de Paris et ancien avocat au Parlement, 2 vol. — Paris, 1740.

Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4^e édition, par le comte Merlin, procureur impérial à la Cour de cassation et membre de l'Institut de France. — Paris, 1813.

Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, par J.-B. Denisart, procureur au Châtelet de Paris, 3 vol. — Paris, 1744.

Recueil général et périodique des lois et arrêts, par Sirey.

Journal officiel de la République Française, spécialement les années 1879, 1880, 1881, 1882, 1889.

Recueil général et périodique de A. Dalloz.

Les Codes annotés de Dalloz. Civil.

Explication théorique et pratique du Code Napoléon, par V. Marcadé, 6^e édition. — Paris, 1866.

Code civil annoté, par Ed. Fuzier-Hermann, tome 1^{er} (art. 1 à 700). — Paris, 1885.

POTHIER : *Œuvres*, édition Bugnet, 10 vol.

LAURENT : *Principes de droit civil français*, 33 vol.

Cours analytique de Code civil, par Demante, continué par M. E. Colmet de Santerre, professeur à la Faculté de droit de Paris. — Paris, 1881.

Etudes pratiques sur le Code pénal, 20^e édition, annotée par M. Dutruc. — Paris, 1888.

L. BRUEYRE : *Les services publics de protection de l'enfance*, dans le *Bulletin de la Société générale des prisons*.

Théorie du Code pénal, par Chauveau et Faustin-Hélie, 5^e édition. — Paris, 1872.

Traité du Code d'instruction criminelle, par Faustin-Hélie, 2^e édition. — Paris, 1872.

Recueil des lois composant les livres du Code civil, à Nancy chez Vigneulle, messidor an XI, 4 vol.

Répétitions écrites sur le Code civil, 3 vol., Mourlon, et revues par Demangeat. — Paris, 1884.

Coutumes de St-Mihiel, avec les ordonnances faites sur le style et règlement de justice, au siège du dit bailliage, rédigées par ordonnance du prince Charles duc de Lorraine, et homologuées au mois de novembre 1598. — Pont-à-Mousson, imprimerie Melchior-Bernard, 1599.

2^e Edition des mêmes coutumes homologuées au mois de juillet 1609 ; à St-Mihiel imprimerie François Du Bois 1615.

PHILARÈTE CHASLES, professeur au collège de France : *Etudes contemporaines*. — Paris, 1866.

MAY, *Éléments de droit romain*, 2 vol. — Paris, 1889.

GAUTHIER, *Histoire du droit français*. — Paris, 1887.

VIOLET, *Histoire du droit français*. — Paris, 1886.

Thèse, G. Melin. — Nancy, 1889.



DROIT FRANÇAIS



De la Puissance paternelle et de ses Causes d'extinction.



INTRODUCTION

Au seuil du sujet dont nous avons entrepris l'étude, il est une chose qui nous paraît indispensable : c'est d'indiquer, d'une part, les grandes lignes que nous nous sommes proposé de parcourir, et d'autre part, le point de vue spécial que nous avons adopté.

La puissance paternelle est une institution au caractère ondoyant et divers, comme dirait Montaigne. Elle est la base de la famille ; comme elle, elle se modifie tous les jours, sous l'empire d'un grand nombre de circonstances politiques ou sociales. Elle représente la physiologie d'une époque, et en cette matière, transformant un adage célèbre, on peut affirmer cette vérité : « dis-moi comment la puissance paternelle d'un peuple est organisée, et je te dirai quel est ce peuple, quelle est sa destinée. »

Et en effet, plus les mœurs s'épurent, plus les hommes se rapprochent de cet idéal de justice qu'ils poursuivent sans cesse, et plus aussi la puissance paternelle nous apparaît humaine et débarrassée des conceptions brutales, qui l'entourent à certains moments de l'histoire.

Dans cette étude, nous n'entendons pas surtout faire une interprétation raisonnée des textes, en montrant d'une part les droits de la puissance paternelle, d'autre part les obligations qu'elle implique, et les sanctions que les législateurs des différents peuples ont adoptées pour la faire respecter. Nous voulons au contraire, sans nous arrêter aux détails arides des prescriptions du droit positif, rechercher l'esprit qui a inspiré ce dernier, et voir la raison d'être des transformations successives, qu'a subies la puissance paternelle. Elle suit en effet la marche ascendante de l'humanité; elle s'arrête comme elle à certains moments, et semble faire un retour en arrière. C'est là, d'ordinaire, la conséquence des bouleversements politiques, de ces troubles profonds qui agitent le monde à certaines heures de la vie des peuples. Mais cette puissance ne sombre pas; elle repaît chaque fois plus forte que jamais.

S'il est vrai que le législateur puisse la régler et la contenir dans des textes précis et formels, en retour, on constate qu'à côté de la loi promulguée, se crée un courant d'opinions et d'idées, qui va progressant tous les jours, et qui prend sa source dans l'élévation lente du niveau moral et intellectuel de la nation. Tout se tient dans cette évolution.

C'est ainsi, que la loi positive se trouve très fréquemment en désaccord avec les mœurs. Survient alors, pour le législateur, qui ne veut pas être taxé de routine, l'obligation de faire concorder les textes avec ces courants

d'opinion. Telle est, en quelques mots, l'histoire de la loi du 24 juillet 1889, qui est plus spécialement l'objet de cette étude.

Les droits que confère la puissance paternelle rentrent dans la catégorie des droits de famille. Plus que tous autres droits, ceux-ci sont variables et mobiles : ils sont le reflet de l'état social, à une époque donnée. Autres temps, autres mœurs, disent les moralistes, ce à quoi, peut ajouter le jurisconsulte, autre organisation de la puissance paternelle.

Il est très curieux de rapprocher, à cet égard, la famille de l'État. Une famille, par exemple, est parfaitement unie, la plus grande affection règne entre tous les membres qui la composent : dans une telle situation, l'autorité paternelle n'est pas une charge pesant lourdement sur les personnes qui y sont soumises ; cette famille est certainement prospère ; elle le sera tant que l'amitié des uns et des autres et le respect dû à ceux qui peuvent y prétendre subsisteront. Si, par malheur, un jour arrive où la désunion et la discorde viennent à naître, c'en est fait de cette famille, dont la prospérité s'évanouira. La puissance paternelle devient une charge dont les uns cherchent à se débarrasser, et dont les autres tendent à abuser. Il en est de même dans une société : si la majorité des familles sont probes et honnêtes, il est certain que l'État sera florissant ; le bien-être sera général, comme tout à l'heure il était particulier.

Il est donc un devoir qui s'impose au législateur, c'est de s'efforcer de maintenir constamment à la puissance paternelle sa force et son prestige, et de ne pas la laisser s'énervier et s'affaiblir : la sécurité et le bonheur de tous y sont intéressés.

Ce principe est incontestable, mais il n'a été surtout mis en relief par les textes de la loi positive que dans la dernière partie de ce siècle. Il est nécessaire de le dégager dans toute sa netteté et toute sa précision.

Pour y arriver efficacement, nous estimons qu'il est nécessaire de reprendre la puissance paternelle à son origine, et d'examiner brièvement sa base philosophique. C'est là l'objet des premiers chapitres.

Puis, passant de la théorie à l'application qui en a été faite, nous l'étudions à Rome. Au lieu de faire l'exégèse des textes, nous nous sommes appliqué à dominer les discussions des juristes, et à ne retenir que les grandes lignes de cette institution. C'est ainsi que la *patria potestas* nous apparaît au début, farouche et grandiose à la fois. Rome est alors dans toute sa force : unité et obéissance complète de la part du citoyen envers l'État. C'est le moment des conquêtes et de la splendeur.

Peu à peu cette autorité du père s'affaiblit : la décadence commence dans l'ordre social comme dans l'ordre politique. Sous l'empire du christianisme, elle se transforme et devient plus douce, plus humaine : la personnalité du fils de famille s'accroît ; on tend de plus en plus dans le domaine législatif à oublier qu'il est une chose, un bien dont le père peut disposer à sa guise.

Nous arrivons ainsi à l'époque de la chute de l'empire d'Orient ; la famille agnatique a été remplacée par la famille cognatique, composée des parents du sang. Un *officium pietatis* relie le père à l'enfant. La mère n'apparaît pas encore ; il semble que la législation romaine ait pris à tâche d'affaiblir par tous moyens son rôle et son autorité.

Les invasions des barbares bouleversent le monde romain, un retour en arrière se dessine pendant quel-

ques siècles ; la vie de famille semble à ce moment avoir disparu : la force est la règle de tous les rapports sociaux.

Lorsque notre pays reprend possession de lui-même, il se trouve, au point de vue du droit, séparé en deux tronçons : pays de droit écrit dans lesquels subsiste l'influence romaine, et pays de droit coutumier. C'est à ces derniers que nous nous sommes attaché de préférence, car nous y rencontrons les émanations, les produits du génie national. La puissance paternelle a changé d'aspect ; une grande transformation s'est accusée dans les mœurs : la mère naît à la vie juridique. Le père voit restreindre les droits exorbitants que la loi romaine lui avait accordés ; l'autorité publique intervient timidement ; elle est l'intermédiaire qui évitera les conflits entre l'autorité paternelle d'une part et les enfants d'autre part.

A ce moment l'idée de déchéance s'est fait jour d'une façon manifeste ; la puissance paternelle cesse d'être absolue quant à son étendue ; perpétuelle, quant à sa durée.

La révolution caractérisée par son esprit novateur, proclame ce principe : la puissance paternelle, telle que les Romains et les pays de droit écrit l'avaient conçue, n'existe plus.

Le Code de 1804 vient corriger l'exagération des doctrines révolutionnaires, et, dans un but de conciliation, admet partie des principes du droit écrit, partie de ceux du droit coutumier. Quelle est exactement l'idée qu'il s'est faite de la puissance paternelle ? « Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins, la nature veut que dans ce premier âge, le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière, qui est toute de

défense et de protection. Dans le second âge, vers l'époque de la puberté, l'enfant a déjà observé, réfléchi. Mais, c'est à ce moment même, où l'esprit commence à exercer ses forces, où l'imagination commence à déployer ses ailes, où nulle expérience n'a formé le jugement ; c'est à ce moment, où faisant les premiers pas dans la vie, livré sans défense à toutes les passions qui s'emparent de son cœur, vivant de désirs, exagérant ses espérances, s'aveuglant sur les obstacles, qu'il a surtout besoin qu'une main ferme le protège contre ces nouveaux ennemis, le dirige à travers les écueils, dompte ou modère à leur naissance ces passions, tourment ou bonheur de la vie, selon qu'une main maladroite ou habile leur aura donné une bonne ou une mauvaise direction. C'est à cette époque qu'il a besoin d'un conseil, d'un ami, qui puisse défendre sa raison naissante contre les séductions de toute espèce qui l'environnent, qui puisse seconder la nature dans ses opérations, agrandir ses heureux développements. La puissance paternelle, qui est alors toute d'administration domestique et de direction, pourra seule procurer tous ces avantages, ajouter la vie morale à l'existence physique et dans l'homme naissant préparer le citoyen. » (1).

Si arrivé à ce point on jette un regard en arrière, on voit l'immense chemin parcouru par la puissance paternelle, dans sa marche vers cet idéal de justice et de bonté, qui est le but poursuivi par le législateur. A la *patria potestas* romaine a succédé une puissance paternelle moderne, tout autre, complètement différente.

Et cependant le législateur de 1804, n'a pas créé une

(1) Édition Vigneulle, des *Discours et rapports sur le Code civil*, t. I, p. 646.

œuvre parfaite : il n'en existe pas en législation, et les lois plus que toutes autres conceptions de l'esprit humain sont soumises à la loi fatale du progrès.

Les critiques ne manquèrent pas de se faire entendre, et dès 1810, lors de la promulgation du Code pénal, un premier coup était porté à l'édifice de la puissance paternelle, tel que l'avaient bâti les rédacteurs du Code civil. C'est surtout dans ce siècle que les idées sur la constitution de la famille ont pris une consistance, une force extraordinaire. Sous la pression de la doctrine, de la jurisprudence et de l'opinion publique, la puissance paternelle se modifie, et le principe prédominant du devoir se dégage nettement. L'État, qui longtemps avait paru s'en désintéresser, commence à s'alarmer des dangers que court la société, en raison du relâchement, de l'énervement de l'autorité paternelle : en 1851 le mouvement se dessine ; il s'accuse nettement avec la loi de 1889.

C'est cette évolution que nous nous sommes efforcé de décrire, nous imposant comme tâche de retracer pas à pas les changements survenus dans les idées et dans les mœurs.

Plus que jamais, depuis quelques années, un grand courant de charité et de solidarité sociales s'est fait sentir. On a compris que les lois répressives, malgré leur réelle utilité, ne suppriment pas les maux dont souffre la société : ce sont les mesures préventives qu'il faut employer, et la première dont on doit user, est d'assurer à l'individu, dès son enfance, un foyer honnête et sain. L'État se prépare ainsi de bons et loyaux citoyens ; il réduit le nombre des non-valeurs ; il arrête sur la pente du vice ceux qui étaient fatalement destinés à devenir, un jour, les recrues de la débauche et du crime.

Tel est le point de vue auquel nous nous sommes placé :

nous n'avons pas surtout cherché à entrer dans l'étude approfondie des discussions de textes; nous avons préféré, nous mettant au-dessus des discussions d'école et de jurisprudence, tenter de dégager les idées générales du sujet. En conséquence, nous avons fait une grande part à l'histoire. Il devait en être ainsi, à notre avis, dans une étude de ce genre, qui sur plus d'un point touche aux questions sociales, pour lesquelles on se passionne tant aujourd'hui.

Nous avons également consacré un chapitre à la législation comparée; à cet égard, nous avons été devancés par presque toutes les législations des pays civilisés. Or, les lois de cette catégorie procèdent par tâtonnements, l'expérience est leur guide le plus sûr.

CHAPITRE PREMIER

De la notion de la puissance paternelle.

La puissance paternelle au sens le plus large du mot, désigne l'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants (1). « C'est un droit fondé sur la nature et confirmé « par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un « temps limité et sous certaines conditions la surveillance « de la personne, l'administration et la jouissance des « biens de leurs enfants (2). »

Cette définition ne s'entend que de la puissance paternelle moderne, instituée différemment de celle des sociétés antiques.

Non seulement elle est aujourd'hui un ensemble de droits, mais encore un ensemble de devoirs. Le droit est corrélatif du devoir. Le législateur moderne l'a bien compris et, à côté des droits qu'il a conférés aux parents sur la personne et les biens de leurs enfants, il a songé à protéger ceux-ci, en imposant aux parents un certain nombre d'obligations.

Quelle est au point de vue philosophique la source de la puissance paternelle ? La question peut se poser autrement : à quel besoin, à quelle nécessité répond cette institution ?

(1). V. Aubry et Rau, T. 6, § 547.

(2). Réal, *Exposé des motifs* ; Fenet, T. X, p. 511 et s.

La puissance paternelle a sa source dans la nature. Elle est le résultat des liens qui existent entre l'individu procréateur et l'enfant engendré. Cette relation, toute de fait au début, se modifie, change et prend différents aspects, selon que la notion de la famille est plus ou moins brutale et grossière. Elle s'élève peu à peu à l'idée d'un droit ; puis le droit amène le devoir. Tantôt elle n'existe qu'au profit du père seul, tantôt au profit des deux époux ; parfois comme à Rome, elle méconnaît les liens directs du sang ; elle va se fixer sur la tête du *pater*, qui est souvent l'aïeul ou le bisaïeul de l'enfant ; et même dans certains cas, elle réside sur la tête de certaines personnes, qui, d'après nos idées modernes, sont complètement étrangères à la famille.

Il est certain qu'au début, la puissance paternelle n'est pas une pure conception de l'esprit humain : elle existait dans les cœurs avant d'être formulée en règles de droit. A mesure que la société s'élève au point de vue moral, cette autorité s'épure, et change complètement d'aspect et de nature.

Il y a loin en effet de cette puissance paternelle, dure et grossière, au début des sociétés antiques, à celle que les législateurs de 1804 ont entrevue.

A quoi tiennent ces changements ? Les causes en sont multiples. C'est d'abord la civilisation qui progresse et qui tous les jours tend à élever le niveau moral des hommes.

Dans les sociétés primitives, nous ne trouvons la puissance paternelle qu'à l'état rudimentaire : aucune limite, aucune règle, aucune notion précise et exacte. C'est plutôt un fait que l'exercice d'un droit. Elle s'éloigne de son but, car au lieu d'exister uniquement pour régler les relations des enfants vis à vis de leurs parents et récipro-

quement, elle n'a en vue que l'intérêt de ces derniers. La mère n'a le plus souvent aucun droit : aucune relation juridique ne s'établit entre elle et ses enfants. Tout est subordonné au chef de famille. La polygamie est la cause principale de ce résultat. Cependant dans certaines de ces sociétés primitives, le rôle de la mère est prépondérant (1),

Le père représente la force devant laquelle tout doit s'incliner. Signalons à ce propos le rapprochement étrange qui s'est fait dans l'esprit des peuples anciens entre les droits de famille et le droit de propriété.

Les changements dans l'état politique d'une nation font encore que la notion de la puissance paternelle se transforme ; elle est le reflet d'une société ; elle subit l'empreinte de la nationalité et du génie individuel des différents peuples (2).

Si nous prenons comme exemple le peuple romain, nous voyons au début de la République, la puissance paternelle organisée dans l'intérêt exclusif du *pater* qui est le chef de famille : nul souci de l'intérêt des enfants soumis à cette puissance. Le jurisconsulte n'a d'autre but que de fortifier et favoriser la famille : celle-ci est à Rome la molécule sociale, comme chez nous l'individu.

A mesure que s'accroît la personnalité du citoyen romain, la toute-puissance de la famille va en s'affaiblissant. La puissance paternelle se modifie : elle est moins rigoureuse que dans les premiers temps ; une part plus grande à l'affection y est faite ; bientôt l'intérêt des enfants commence à être considéré.

Cette même évolution s'est produite dans le système

(1) May, *D. R.*, 1 vol., p. 105.

(2) Demolombe, T. 6.

successoral romain ; elle se rattache également aux mêmes causes : les changements profonds survenus dans l'ordre politique de Rome, au début de l'ère chrétienne.

La religion voit aussi disparaître le respect dont elle avait toujours été entourée, les traditions sacrées du peuple et de chaque famille se perdent peu à peu.

Tout se tient dans cette transformation progressive. La famille agnatique n'existe bientôt plus, elle est remplacée par la famille cognatique. La nature revendique ses droits ; la mère va bientôt jouir des attributs de cette puissance paternelle qu'on lui a refusée pendant de longs siècles.

La puissance paternelle devait subir les mêmes influences : les enfants se rapprochent de plus en plus des parents ; les liens d'affection, qui doivent unir les membres d'une même famille, se fortifient et vont faire disparaître les dernières aspérités de la « *patria potestas* » telle qu'elle a longtemps existé à Rome.

CHAPITRE II

De la « *Patria potestas* »

« *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum : nulli enim alii sunt homines qui talem, in liberos habeant potestatem, quam nos habemus* (1). »

Ainsi que le dit le jurisconsulte romain, avec beaucoup de raison, et même, disons-le, avec une apparence de vanité, la *patria potestas*, est une institution originale née sur le sol romain, et ne ressemblant ni de loin ni de près à ce que nous retrouvons chez les autres peuples contemporains.

Quelle est donc cette *patria potestas* qui a tant contribué à la grandeur de Rome ? Comment fonctionnait-elle ? Quelle influence exacte a-t-elle exercée sur les destinées de la société romaine ? Quelle trace a-t-elle laissée dans notre droit moderne ? Le droit romain avait-il songé à créer des déchéances de cette puissance, dans le but de réprimer tous les abus dont elle était susceptible ?

Peut-on dire que la puissance paternelle à Rome est basée sur l'affection ? non évidemment. La puissance paternelle n'est conférée qu'au citoyen romain ayant convolé en justes noces. Tout enfant issu d'une union autre que les

(1) Gaius I, *Commentaire*, § 55.

justæ nuptiæ n'est pas soumis à la puissance de son père, alors que certaines personnes autres que les descendants, comme les enfants adoptés, viennent se placer sous cette puissance ; l'enfant émancipé, par contre, devient complètement étranger à la famille qui l'a vu naître. Tout est artificiel dans la *patria potestas*.

Dira-t-on d'autre part, que la *patria potestas* est basée sur un besoin de protection ? Une réponse négative s'impose. Le fils de famille, quel que soit son âge, est toujours soumis à la *patria potestas*. L'idée de protection doit encore être écartée, puisqu'elle ne se conçoit plus à l'égard de fils de famille arrivés à l'âge mûr.

Aussi, comprend-on fort bien la parole de Gaius. La *patria potestas* est une production du sol national ; elle est sortie tout entière du cerveau des jurisconsultes de Rome.

Quelle est la cause de cette organisation étrangère et originale ?

Certains auteurs prétendent qu'elle est le résultat de la constitution de la famille. D'autres soutiennent, au contraire, que la famille n'est que la conséquence de l'autorité paternelle ; que cette dernière est le principe qui a servi de base à la famille.

« Les historiens du droit romain ayant fort justement
« remarqué que ni la naissance, ni l'affection n'étaient le
« fondement de la famille, ont cru que ce fondement de-
« vait se trouver dans la puissance paternelle ou mari-
« tale. Ils font de cette puissance, une sorte d'institution
« primordiale. Mais ils n'expliquent pas comment elle
« s'est formée, à moins que ce ne soit par la supériorité
« de force du mari sur la femme, du père sur les enfants.
« Or, c'est se tromper étrangement que de placer ainsi
« la force à l'origine du droit. Nous verrons d'ailleurs

« plus loin, que l'autorité paternelle ou maritale, loin
« d'avoir été une cause première, a été elle-même
« un effet; elle est dérivée de la religion et a été établie
« par elle; elle n'est donc pas le principe, qui a constitué
« la famille (1).

« Ce qui unit les membres de la famille antique c'est
« quelque chose de plus puissant que la naissance, que le
« sentiment, que la force physique, c'est la religion du
« foyer et des ancêtres. »

Exposons en quelques mots très brefs, sauf à la réfuter ensuite, la théorie de ceux qui prétendent que la puissance paternelle est une conséquence de la constitution de la famille et que celle-ci, elle-même, provient directement des croyances religieuses des ancêtres.

Chez les peuples anciens, et tout le monde est d'accord sur ce point, ce qui frappe au premier abord, c'est le rôle considérable joué par la religion. Dans toutes les institutions, nous voyons apparaître les idées religieuses : les dieux président à tous les actes soit de la vie privée, soit de la vie publique. L'homme est placé sous la protection des dieux dès sa naissance; ils l'assistent jusqu'à sa mort; dans tous les instants de sa vie, une part importante est faite à leur intervention. A sa mort, l'homme devient lui-même l'objet d'un culte, il passe au rang des dieux domestiques.

A Rome, certains dieux sont communs à tous les citoyens; on leur fait des sacrifices, on célèbre publiquement leurs louanges; on donne des fêtes en leur honneur, à certains jours. Chaque saison a son dieu; les relations entre peuples différents sont elles-mêmes subor-

(1) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 40.

données à la divinité, Mars est le dieu de la guerre, Janus, celui de la paix.

D'une façon générale on peut dire, que la divinité intervient toujours, lorsqu'un phénomène extérieur, extraordinaire, vient à se produire : la raison des peuples primitifs n'étant pas suffisamment développée ni éclairée, ceux-ci attribuent aux dieux la cause de tout ce qui vient frapper leur imagination.

A côté des dieux publics, à un rang moins élevé, se trouvent les dieux domestiques, propres à chaque famille.

Dans chaque maison romaine existe un autel domestique, sur lequel se consume le feu sacré, et autour duquel s'assemblent tous les parents. On sacrifie à ces dieux domestiques suivant un rituel qui se transmet de père en fils, et qui est spécial à chaque famille.

Chacune a en effet, des coutumes religieuses propres ; les honneurs rendus aux morts, les modes de sépulture varient à l'infini. Rien d'important ne se passe dans une famille, comme une naissance, un mariage, une adoption, une émancipation sans que les dieux domestiques ne soient consultés.

Si l'on est d'accord pour reconnaître aux Romains ces idées religieuses, on ne l'est plus, lorsqu'il s'agit de dire l'influence qu'elles ont exercée, sur la constitution de la famille.

Certains auteurs pensent, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que la famille est issue de cet ensemble de croyances ; de cette famille, ainsi organisée, est née ensuite la *patria potestas*.

Nous croyons, quant à nous, que la puissance paternelle romaine n'est pas sortie de la famille, ou, autrement dit, qu'elle n'en est pas le résultat. Bien au contraire,

nous estimons que la puissance paternelle forme la base de tout le système.

La puissance paternelle au début de toute société, reflète l'état de cette société. Et cependant, une relation quelconque a dû s'établir entre le père et les enfants. C'est la force qui la règle, comme elle régit à ce moment de la civilisation, le droit privé. Autour de l'homme fort, se groupent les êtres qui ont besoin de protection : sa femme et ses enfants. L'intelligence de ces êtres se développant, ils se sont élevés à une notion supérieure, celle de la divinité. Et rien ne prouve encore, que ces hommes soient arrivés du premier coup à la notion de la divinité : il se peut qu'ils n'aient eu tout d'abord de culte que pour le père de famille disparu, faisant résider en lui la cause de tous ces phénomènes qui troublaient leur raison naissante. L'anthropomorphisme domine, en effet, dans les religions antiques (1).

La source de la puissance paternelle est dans la nature : l'homme a dû de tout temps comprendre l'importance de cette relation de fait entre le père, *genitor*, et l'enfant.

La naissance jette dans la vie un être sans force, sans résistance, incapable de grandir et de croître, s'il ne trouve à côté de lui, quelqu'un qui puisse lui donner les soins que réclament sa débilité et sa faiblesse. C'est ainsi que s'explique l'idée de protection, qui incombe au père ; puis l'affection naît entre ces êtres descendant les uns des autres. La famille se constitue à ce moment.

Telle est, selon nous, l'origine de la famille ; ce n'est que plus tard, lorsque la civilisation s'est avancée, que la

(1) Paul Albert, *La poésie*.

divinité a pu jouer un grand rôle dans sa constitution. Mais en se plaçant à la source du droit, il est incontestable que l'on rencontre en premier lieu la puissance paternelle, et après seulement la famille.

L'idée de force est prédominante au début : on la trouve non seulement dans la famille, mais encore dans le droit privé. Si cette idée de force, incarnée dans la personne du père, ne se rencontre pas à l'origine de toute société, comment expliquer le rôle effacé que joue la femme, aussi bien dans la société que dans la famille.

On répond que les croyances religieuses ont toujours eu une tendance indéniable à affaiblir l'autorité que pourrait être tentée de prendre la femme.

Dans le droit romain, qui est d'accord sur ce point, avec les législations antiques, la femme n'est jamais maîtresse d'elle-même ; elle sacrifie toujours au foyer d'un autre. Juridiquement, les attributs de la puissance paternelle, ne lui appartiennent pas.

« La femme pendant son enfance, dépend de son père, « pendant sa jeunesse de son mari, son mari mort, de son « fils ; si elle n'a pas de fils, des proches parents de son « mari, car une femme ne doit jamais se gouverner à sa « guise » (1).

Mais cette réponse n'en est pas une, et c'est résoudre la question par la question. Pourquoi cette prédominance constante et à tous les âges, de l'homme, l'emblème de la force ? Pourquoi les idées religieuses s'associent-elles à cette règle presque invariable ?

Elles ne sont que le miroir de la pensée humaine : au début c'est la force qui domine ; le principe est passé dans le domaine religieux.

(1) *La cité antique* (Lois de Manou).

Comment expliquer aussi, qu'en droit privé, la notion de propriété soit inséparable de celle de force ? On sait en effet, que le droit romain relie intimement l'une à l'autre ces deux idées.

Rien d'étonnant donc, à ce qu'au point de vue des droits de famille, comme à l'égard des droits privés, la force ait dominé dès le début indépendamment de toute idée religieuse, qui n'a dû naître que postérieurement.

Notre conclusion est celle-ci : la famille s'est agglomérée autour du *pater* ; elle est issue de la puissance paternelle. Peu à peu, la puissance paternelle et la famille se sont modifiées au contact des idées religieuses ; un jour, le développement de ces dernières s'est accusé avec tant de vivacité qu'on a pu alors oublier quelle était la base du système.

CHAPITRE III.

Des droits accordés au « pater ».

A Rome, ainsi qu'on l'a déjà dit, la molécule sociale, c'est la famille; dans les sociétés modernes, c'est l'individu. Aussi, le droit romain s'est-il efforcé de tout temps, de donner la plus grande cohésion possible à la famille.

Le chef de famille est le *pater* : à sa mort les biens passent aux membres de la famille, telle que la conçoit le droit civil.

La *patria potestas* est une institution du *jus civile*, ce qui signifie que, seul, le père citoyen romain, peut prétendre à cette autorité sur ses enfants. Un pérégrin ne saurait s'en prévaloir : il lui faut une concession expresse du prince. Elle ne peut jamais appartenir à une femme, car pour en être investi, il faut être *sui juris*. L'enfant n'y est soumis que s'il est issu de *justæ nuptiæ*; un mariage d'ordre inférieur, comme le concubinat, ne saurait produire cet effet; et pour convoler en justes noces, il faut être citoyen romain, avoir atteint l'âge de puberté, fixé différemment chez les hommes et chez les femmes, avoir le consentement du *pater familias*, et avoir le *jus connubii*, c'est-à-dire l'aptitude légale à contracter de justes noces.

Le droit de consentir au mariage est accordé au *pater* dans son intérêt seul, et non en vue de celui de l'enfant. Évidemment, il arrivera en fait que le père consulté sur le mariage de son fils, s'inspirera d'autres sentiments

plus louables et envisagera surtout le bonheur de celui-ci, mais en droit, son consentement n'a d'autre but que de ne pas laisser entrer dans la famille et contre son gré, des membres nouveaux. Cela est si vrai, que les ascendants maternels ne sont en principe jamais consultés.

L'enfant placé sous la puissance paternelle de son aïeul, doit, si l'on suit rigoureusement les conséquences du principe, pouvoir se passer du consentement de son père naturel. La loi n'a cependant pas été jusque là ; et une dérogation a été apportée à cette règle, inspirée encore par le seul souci de favoriser la famille : le père naturel doit être consulté. On ne veut pas, disent les auteurs, que le père qui, à un moment donné, deviendra lui-même *pater*, par le décès de l'aïeul, ne soit pas consulté sur le mariage de son fils, qui peut lui donner des *sui heredes*. Or, la loi romaine décide que nul ne peut avoir des héritiers malgré lui (*Inst.*, § 7, *de adoptio-nibus*, I. I, t. II.)

En ce qui concerne les petites filles, *neptes*, l'aïeul seul est consulté. Le mariage toujours accompagné de la *manus* les fait, en effet, sortir de leur famille naturelle, dans laquelle elles perdent tout droit ; elles entrent complètement dans la famille de leur époux, au même titre qu'un frère ; les enfants qui naîtront d'elles ne seront donc pas soumis à la puissance paternelle de leur père maternel mais à celle de l'aïeul paternel.

L'enfant *sui juris*, quel que soit son âge, n'a besoin d'aucun consentement. Les femmes *sui juris* doivent être autorisées de leur tuteur ; mais la tutelle perpétuelle des femmes tomba de bonne heure en désuétude.

Cette législation romaine, dont nous venons d'esquisser rapidement les grands traits, a duré, sauf certaines

modifications, jusqu'au cinquième siècle de l'ère chrétienne.

La famille est donc composée d'un certain nombre de parents soumis à l'autorité du *pater*. Pour étudier les droits de celui-ci, il faut l'envisager à trois points de vue.

I. — *Le pater est le chef des sacra privata*. — On sait l'importance considérable que joue la religion dans chaque famille. Le *pater* est le prêtre de ce sacerdoce familial ; il est le dépositaire du culte, et il doit en assurer la perpétuité dans la famille, et le faire respecter.

De la combinaison de ces deux idées, résultent deux conséquences. La première est que le *pater* doit toujours laisser après lui des héritiers siens, qui continueront à leur tour le culte qui lui a été transmis par ses propres ancêtres. Il faut éviter toute interruption ; ce serait en effet d'après les idées romaines un malheur considérable. Qui pourrait alors rendre aux morts les honneurs qui leur sont dûs ? « Manquer à ce devoir était
« l'impiété la plus grave qu'on pût commettre, puis-
« que l'interruption de ce culte faisait déchoir une série
« de morts et anéantissait leur bonheur. Une telle né-
« gligence n'était pas moins qu'un véritable parricide,
« multiplié autant de fois qu'il y avait d'ancêtres dans
« la famille.

« Si au contraire les sacrifices étaient toujours accom-
« plis suivant les rites, si les aliments étaient portés sur
« le tombeau au jour fixé, alors l'ancêtre devenait un dieu
« protecteur. Hostile à tous ceux qui ne descendaient
« pas de lui, il les repoussait de son tombeau, les frap-
« pant de maladie s'ils approchaient ; pour les siens il
« était bon et secourable. Il y avait un échange perpétuel

« de bons offices entre les vivants et les morts de chaque
« famille. L'ancêtre recevait de ses descendants, la série
« des repas funèbres, c'est-à-dire les seules jouissances
« qu'il pût avoir dans sa seconde vie. Le descendant re-
« cevait de l'ancêtre l'aide et la force dont il avait be-
« soin dans celle-ci. Le vivant ne pouvait se passer du
« mort, ni le mort du vivant. Par là, un lien puissant
« s'établissait entre les générations d'une même famille
« et en faisait un corps éternellement inséparable (1). »

En second lieu le *pater* devait veiller à ce que les nouveaux membres de la famille fussent dignes de perpétuer le culte des ancêtres.

De là, les droits exorbitants, que la loi romaine accorde au père. Il peut méconnaître la filiation de l'enfant, car il ne faut à aucun prix qu'un étranger puisse être un jour appelé à prendre part au culte domestique. L'adultère est puni avec la dernière rigueur ; la femme qui s'enrend coupable manque, aux yeux des Romains, non seulement à la fidélité qu'elle a promise à son époux, mais encore, elle commet le plus odieux des sacrilèges ; elle risque de troubler la série non interrompue des ancêtres. C'est ainsi que la puissance paternelle née de la nature même, se trouve fortifiée par la religion. Le droit lui-même interviendra dans le même but, et produira ce même résultat.

Le père exerce seul, au nom de toute la famille, les *sacra privata* : ils sont communs à tous : bien plus, aucun membre de la famille ne peut en avoir d'autres ; les enfants n'ont pas de *sacra* qui leur soient propres.

Ici encore, nous retrouvons cette idée d'unité, qui doit

(1) Fustel de Coulanges : *la Cité antique*, p. 34.

être rapprochée de l'unité de la propriété familiale, ou plus exactement de la copropriété de la famille.

II. — En second lieu le *pater familias* a la disposition absolue de tout ce qui compose le patrimoine de la famille. La propriété réside sur sa tête.

Seul il est susceptible d'avoir un patrimoine : les fils ne peuvent rien acquérir pour eux-mêmes. Tout ce qu'ils obtiennent par leur travail, le commerce, ou l'emploi de leur intelligence appartient au *pater*, sur lequel se fixent tous les droits venant des personnes soumises à sa puissance.

Tel est le droit pur, en vigueur, pendant toute la République. Mais, grâce aux efforts combinés des jurisconsultes et des préteurs, le droit ancien perdit bientôt de sa rigueur. Quelques exceptions timides à ce principe absolu, furent apportées : on vit d'abord le *peculium castrense*, puis le *peculium quasi-castrense*. Enfin, sous Justinien, l'ancien droit s'est dépouillé de toute son âpreté, et on reconnaît au fils de famille le droit, limité il est vrai, de posséder certains biens.

III. — Le *pater* a sur la personne physique des enfants soumis à sa puissance le droit le plus absolu.

C'est ce caractère particulier de la puissance paternelle romaine qui doit nous arrêter le plus longtemps.

Le *pater* a le droit de vie et de mort sur ses enfants : « *nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat* (1), » dit le jurisconsulte Paul. C'est certainement dans ce droit de disposition absolue de la personne physique de ses enfants que consiste le caractère dur, brutal, farouche et même temps grandiose de la *patria potestas*.

(1) *Sentences de Paul*, Liv. II, T. XXI.

La liberté constitue la seule différence qui existe entre l'esclave et l'*alieni juris*. L'enfant est la propriété du *pater* ; il peut être l'objet d'un vol ; sa personnalité existe cependant ; cela est tellement vrai, qu'il a personnellement le *jus honorum* et le *jus suffragii* ; dans la sphère de ses droits de citoyen, il est absolument indépendant du père. Il n'est donc pas en réalité, et dans toute la force du mot, une chose, bien que le père puisse le faire tomber *in mancipio*. Le père, à aucun âge de l'histoire, n'a eu le droit d'enlever soit le droit de cité (1), soit la liberté à son enfant, alors qu'il pouvait le mettre à mort. C'est que, pour les Romains, la mort n'est rien à côté de l'esclavage. L'enfant est un instrument de travail : le *pater* peut le garder pour lui et s'approprier entièrement les fruits de son travail, ou bien le louer, ou le céder, en un mot, en disposer à sa guise, sans aucun contrôle de l'autorité publique, suivant le gré de sa fantaisie.

Tel est le droit pur ; mais ce rigorisme disparaît bientôt, et sous Justinien, dans le dernier état du droit romain, la puissance paternelle était complètement modifiée ; les mœurs et les efforts des jurisconsultes et des préteurs, s'étaient combinés pour lui enlever son caractère antique. Le *pater* peut vendre son enfant ; la loi des douze Tables est formelle à cet égard : « *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* » Si le père a vendu trois fois son fils, il n'est plus désormais soumis à sa puissance.

Examinons le droit de vie ou de mort que dans le droit pur le père avait sur ses enfants (2).

(1) L. 10, D. De *patria potestate*, VIII, 47.

(2) L. XI, D. de *liberis et posthumis*. — L. 5, D. de *lege Pompeia de parricidiis*.

C'est particulièrement ici que la physionomie farouche et grandiose de la puissance paternelle romaine se révèle. Pour comprendre ce droit exorbitant, il faut le rattacher à cette notion : non seulement le père est le prêtre de la famille, mais il est encore le juge domestique. Sa compétence au point de vue de la peine est absolue ; le père est en principe irresponsable ; sa décision est sans appel et la puissance publique n'a pas le droit d'intervenir. On peut donc dire que, si le père met son fils à mort, ce n'est pas par caprice, mais c'est le résultat d'une véritable sentence de justice.

Nous trouvons dans l'histoire un certain nombre de cas, dans lesquels le père a usé de son droit. Il est cependant à noter, que les jurisconsultes et les historiens, s'accordent à dire que les abus de ce droit étaient excessivement rares.

On se rappelle ce père qui ayant appris que son fils avait trémpé dans la conjuration de Catilina, le mit à mort. Lorsque Manlius Torquatus condamne son fils à mort pour avoir combattu et vaincu contrairement à une défense formelle prononcée par lui-même et ses collègues, quels sont ses motifs ? Son fils a offensé tout ensemble l'autorité des consuls et la souveraineté paternelle (1).

L'histoire de la lutte de Rome et d'Albe évoque le souvenir du vieux Horace qui veut mettre à mort son fils coupable du meurtre de sa sœur. Un certain Atilius tue sa fille coupable d'impudicité.

Mais cette puissance accordée au *pater* devait aller en s'atténuant tous les jours. La loi Julia donne encore

(1) Tite-Live, VIII, 7. — Accarias, p. 67.

au père le droit de vie et de mort sur sa fille, lorsqu'il la surprend en flagrant délit d'adultère ; elle doit être mise à mort sur-le-champ, le père doit tuer en même temps le complice (1).

Sous Trajan, le père qui maltraite son fils est contraint de l'émanciper. Adrien condamne aux peines de la déportation un père qui a tué un fils, coupable cependant d'un crime monstrueux, celui d'adultère avec sa belle-mère. Contre le père qui met son fils à mort, Constantin édicte la peine du parricide (2).

Ainsi s'en va peu à peu ce caractère extraordinaire de la puissance paternelle romaine.

A quel besoin répond pour le père la vente de la personne soumise à sa puissance ? Du temps de Gaius, la vente de l'*alieni juris* ne se rencontre que dans quelques hypothèses nettement déterminées. Ou bien la vente n'est qu'un moyen détourné pour arriver à une adoption ou une émancipation, ou bien la vente a pour but de procurer quelques ressources à des parents dans une extrême misère. Le moyen pratique donné par le droit romain pour réaliser cette vente est la mancipation.

Dans l'adoption, le fils joue un rôle complètement effacé ; dans l'adrogation il est consulté, ce qui se conçoit facilement, puisqu'il s'agit d'un *sui juris*. L'adoption ne pouvait pas être faite contre le consentement de l'adopté bien que son consentement ne fût pas requis. Il suffisait qu'il ne s'opposât pas ou qu'il fût dans une situation telle, qu'il ne pût manifester d'intention contraire (3).

(1) Lois 20, 21, 22, 23, D., *ad legem Juliam de adulteriis*.

(2) Loi dernière, Code, *De patria potestate*.

(3) L. 5, D. *de adoptionibus*, 1, 7.

Il paraît hors de doute, qu'à une certaine époque, le fils n'avait même pas eu le droit de s'opposer à l'adoption, sinon on se trouverait en présence d'une véritable *inelegantia juris*. Comment en effet admettre que le *pater familias* ait des droits aussi absolus, tels que celui de vie et de mort, et qu'il ne puisse pas donner son fils en adoption contrairement à la volonté de celui-ci ?

Le consentement de l'enfant n'est pas requis au cas d'émancipation, mais il faut tout au moins qu'il ne s'oppose pas. C'est ce que dit le jurisconsulte Paul (1), dans ses sentences. Le grand-père peut émanciper son petit-fils sans le consentement du père naturel.

Si le fils commet un délit, le père peut abandonner son enfant pour échapper aux conséquences juridiques de l'action pénale. C'est la *noxæ deditio* (2).

Lorsque les enfants naissent dans une famille misérable, la loi permet aux parents de les vendre.

Dans ces deux dernières hypothèses, on se trouve en présence d'une vente sérieuse, faite moyennant un prix compté. L'acheteur a sur l'enfant un *mancipium* réel.

Le *mancipium* est une puissance analogue à la puissance du maître sur l'esclave : la personne qui y est soumise, quand le *mancipium* est sérieux, c'est-à-dire un but et non un moyen fictif, est obligée de travailler pour le compte de l'acquéreur. Elle ne peut s'engager civilement par un contrat ; aucun droit ne peut se fixer sur sa tête, mais sur celle de l'acquéreur. Son ingénuité est intacte. Elle n'est pas une chose et, comme telle, elle n'est pas comprise dans la *venditio bonorum*, poursuivie par les créanciers de son acquéreur.

(1) S. Paul, II, 25, § 5.

(2) Gaius, C. I, 141.

La faculté pour le père de vendre son enfant, ne tarda pas à disparaître et dès les premiers siècles de l'ère chrétienne les empereurs déclaraient cette vente illícite. Grâce aux efforts des empereurs Caracalla, d'abord, Dioclétien et Constantin ensuite, cette vente ne fut plus permise. Cependant ce dernier empereur, dans le but de diminuer le nombre des infanticides, permit au père de vendre son enfant, aussitôt sa naissance, *adhuc sanguinolentus*, comme disent les textes. Le père gardait dans cette hypothèse le droit de pouvoir dans la suite reprendre l'enfant, sous la condition de restituer le prix perçu et de rendre un esclave d'une valeur suffisante à titre d'indemnité.

CHAPITRE IV

Des causes d'extinction de la puissance paternelle en Droit romain.

La déchéance d'un droit peut se définir la perte de ce droit. Il y a donc déchéance de la puissance paternelle quand le père est privé de l'autorité paternelle que la loi lui accorde sur ses enfants. La déclaration de déchéance a lieu à titre de sanction et comme pénalité. C'est le moyen ordinaire donné pour réprimer les abus du pouvoir qui est concédé. Lorsque celui qui est soumis à une autorité y est soustrait, même à titre de peine, on ne se trouve pas, à la vérité, en présence d'une déchéance. Pour qu'il y ait déchéance, au sens que nous attribuons à ce mot, il faut que la décision intervenue atteigne le bénéficiaire du droit, et lui principalement.

En droit romain, on ne conçoit pas au début, en raison même de l'absolutisme de la puissance paternelle, de système de déchéances. Le père, ayant les droits les plus étendus sur la personne de ses enfants, n'a pu logiquement, tant que cet état de choses dura, être frappé d'aucune déchéance.

Ce n'est que lorsque le progrès des mœurs s'accusa et que le préteur, suivi des jurisconsultes, atténua cette puissance paternelle, que l'on vit apparaître un certain nombre de déchéances, qu'il importe maintenant d'examiner.

1° Perte du droit de cité.

Parmi les attributs de la *civitas Romana* ou droit de cité romaine, figure le *jus connubii*. C'est le droit de contracter mariage ; les enfants qui sont issus d'une telle union sont soumis à la *patria potestas* du *pater*. A un autre égard la *patria potestas* appartient au *jus civile*, et comme telle ne peut exister qu'au profit d'un père romain, sur son fils citoyen romain.

Les *Institutes* de Justinien, L. I. T. 12, § 1 prévoient le cas de perte de la cité. « *Quum autem is qui ob ali-*
« *quod malefscium, in insulam deportatur, civita-*
« *tem amititt, sequitur ut, quia, eo modo eo numero*
« *civium romanorum tollitur, perinde ac mortuo eo,*
« *desinant liberi in potestatem ejus esse.* »

Un homme perd le droit de cité quand, à raison d'un crime il est déporté dans une île ; il en résulte que ne faisant plus alors partie des citoyens romains, ses enfants cessent d'être placés sous sa puissance, absolument comme s'il était mort.

Cette perte de la cité peut être occasionnée de différentes façons. C'est d'abord le cas où un citoyen romain devient esclave *jure civili*. Ce résultat arrive à la suite de toutes condamnations capitales, d'une condamnation *ad metallum* ou *ad bestias* (1).

L'interdiction de l'eau et du feu emportait la perte de la cité, ainsi que la condamnation à la déportation et aux travaux publics perpétuels ; les condamnés étaient : « *pe-*

(1) *Accarias*, T. 1, p. 89. Ce n'est en effet qu'à partir de Constantin que les combats de gladiateurs furent interdits : la condamnation *ad metallum* remplaça la condamnation *ad bestias*.

regrini sine civitate. » Le cadre de cette étude ne nous permet pas de nous étendre en de plus amples détails à cet égard.

Les condamnations énumérées plus haut emportent la perte du droit de cité, et par voie de conséquence, la perte de la *patria potestas* (1).

L'émigration dans une colonie latine entraîne également la privation du droit de cité avec toutes ses conséquences juridiques.

Si la perte de la liberté est encourue *jure gentium*, en raison de la fiction du *jus postliminii*, le père est censé être mort, au moment où il est tombé en captivité. C'est donc à cet instant que l'on doit se placer pour calculer l'époque à partir de laquelle a disparu sa puissance paternelle. Dans ces différentes hypothèses, on se trouve en présence de véritables déchéances prononcées contre le père, mais elles ne sont pas encourues principalement. La perte de l'autorité paternelle n'est qu'un accessoire d'une déchéance plus grave et plus absolue.

On peut même dire que la déchéance encourue dans ces divers cas, n'a pas surtout pour but de réprimer les abus d'autorité que pourraient commettre les parents. Nous signalons en passant cette idée, car on verra dans la suite de cette étude que le point de vue moderne est tout autre : de nos jours, la privation de la puissance paternelle ne frappe que les parents indignes ou ceux contre lesquels existe une présomption d'indignité ou d'immoralité.

(1) Dans le texte tiré des *Institutes*, on ne mentionne que la déportation. Mais le texte n'est pas limitatif. Dans tous les cas où il intervient une condamnation autre que la relégation dans une île, la perte du droit de cité est encourue.

2^e Autres causes d'extinction.

La nomination aux fonctions de Flamines de Jupiter pour les hommes et de Vestales pour les femmes, plus tard la nomination du fils de famille à la dignité de patrice, emportaient extinction de la puissance paternelle (1), Y a-t-il dans cette hypothèse une véritable déchéance ? Nous ne le pensons pas. Une déchéance ne se comprend que comme pénalité, dans le but le plus souvent de réprimer les abus d'autorité. Ici, on ne rencontre qu'une incomptabilité entre des fonctions honorifiques et la soumission de l'enfant au *pater* (2).

(1) G. 1. 130. L. 5, Code XII, 3.

Quant à la dignité de patrice, le motif donné par Justinien pour exonérer le fils de la puissance paternelle est véritablement enfantin : le prince était réputé le fils du patrice. La conséquence tirée par Justinien est celle-ci, qu'on ne peut normalement soumettre à la puissance paternelle celui que l'empereur a désigné comme son père. Le même privilège fut étendu aux fonctions civiles, qui affranchissent de la curie. Les évêques eux-mêmes, en leur qualité de pères spirituels, furent également exonérés de la puissance paternelle. Quand une institution est ainsi battue en brèche par des moyens aussi futiles, aussi puérils, on peut dire qu'elle n'existe plus dans toute son intégrité et qu'elle ne se maintient que par la force seule de la tradition et du souvenir. C'est ce qui, en réalité, arriva pour la puissance paternelle qui, ainsi qu'on l'a vu déjà, a perdu peu à peu tout son ancien prestige.

(2) Cependant dans le vieux droit, les Romains n'avaient pas admis cette scission entre l'autorité privée du père et l'autorité qui peut appartenir au fils de famille à raison des fonctions qu'il remplit. Pour eux, et c'est là incontestablement leur pensée, cette autorité ne s'arrête pas au seuil de la maison paternelle ; elle suit le fils partout où il se trouve et quelles que soient les circonstances. Un exemple historique justifiera cette assertion. Le consul Spurius Cassius avait proposé, contrairement aux vœux de son *pater* une loi agraire. Son consulat expiré il fut

L'émancipation est un mode d'extinction de la puissance paternelle ; elle ne constitue une déchéance, que lorsque le père, au cas de mauvais traitements exercés sur son enfant, est obligé de l'émanciper (1). L'adoption n'est pas non plus une cause de déchéance de la puissance paternelle : c'est volontairement que le père donne son fils en adoption.

Trajan pose en principe, que le père est tenu envers son enfant d'un *officium pietatis*, c'est-à-dire d'une obligation de respect et d'affection pour son enfant. On voit à ce moment, combien les idées romaines se sont transformées.

Le même empereur décide également que l'enfant exposé n'est plus soumis à la puissance paternelle du père naturel, mais à celle de la personne qui le recueille. Justinien va plus loin : il le déclare *sui juris*. Depuis une constitution de Valentinien et de Théodose, le père qui contraint sa fille à la prostitution, perd tous ses droits sur elle. Ce dernier cas constitue une véritable déchéance de la puissance paternelle.

condamné à mort et exécuté ; l'historien ne nous dit pas si c'est la conséquence d'un *judicium domesticum* ou d'un *judicium publicum* ; mais le doute de l'historien doit être interprété en ce sens, qu'à cette époque, l'autorité paternelle pouvait primer les droits attachés à la magistrature suprême, le consulat.

Une distinction entre ces deux puissances ne devait pas tarder à s'établir et Cicéron rapporte l'exemple d'un père condamné pour crime de lèse-majesté, *reus majestatis*, pour avoir exercé des violences sur son fils tribun.

(1) L. Code XXVII, 12. *Divus trajamus filium, quem pater male contra pietatem adiciebat coegit emancipare, quo postea defuncto pater ut munissor bonorum possessionem sibi competere dicebat sed consilio Neratii prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendæ pietatis denegata est.*

Il résulte de l'exposé rapide que nous venons de faire des causes de déchéance de la puissance paternelle, que les Romains n'avaient pas à cet égard édicté de principe général. Les solutions sont isolées et ce n'est que dans des circonstances particulièrement odieuses que la loi se décide à porter la main sur une puissance, qui dès le début avait été organisée d'une façon si sévère et si absolue.

Ce n'est que dans les temps modernes que nous rencontrerons cette théorie générale de la déchéance de la puissance paternelle ; notre loi française elle-même tardera longtemps avant de l'adopter ; elle sera sur ce point distancée par la plupart des législations des peuples civilisés.

CHAPITRE V

De la puissance paternelle sous l'ancien Droit français.

Les Gaulois, nos ancêtres, soumis aux Romains dès l'année 56 avant Jésus-Christ, avaient pris les mœurs et la législation de leurs vainqueurs. L'assimilation entre les deux peuples avait été rapide et complète, surtout dans le midi de la France. Le Nord s'était montré plus réfractaire à la civilisation romaine : il était soumis plus directement que le Midi à l'influence des peuples barbares. C'est là l'origine lointaine de la distinction entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier. Dans ces derniers, le droit germanique a poussé très avant ses racines ; son influence y est restée manifeste. A côté de ces éléments étrangers a grandi le droit national qui forme le fond de toutes les coutumes. Notre législation du Code civil ne sera que l'amalgame des traditions romaines, germaniques et coutumières.

Quels étaient, en matière de puissance paternelle, les principes du droit germanique ?

Chez les Germains, la puissance paternelle s'inspirait plus de la nature que l'idée romaine. Sa base était plus généreuse, plus noble, en même temps moins savante, moins bien agencée dans toutes ses dispositions : au lieu d'être organisée dans l'intérêt du gouvernement, elle l'était dans l'intérêt de l'enfant, bien plus que dans celui du père.

Mais il n'en avait pas toujours été ainsi, car au début

le *mundium* ou autorité domestique du père de famille, paraît avoir été très dur. Sur ce point, M. Gautier s'exprime ainsi : (1) « Le père de famille est investi d'une autorité domestique spéciale désignée sous le nom de *mundium*, sur toutes les personnes qui font dans des conditions diverses partie du groupe de la famille. Il a le *mundium* sur ses enfants, sur sa femme, ses esclaves, ses affranchis et sur le pupille dont il est le tuteur. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le *mundium* correspond à la *patria potestas* des Romains et s'il est vrai que d'après le texte des lois barbares, ce pouvoir domestique nous paraît plus adouci que ne l'était celui de Rome, il est probable, d'après ce que raconte Tacite, qu'à l'origine il était aussi rigoureux.

Les enfants restaient soumis au *mundium* jusqu'à l'âge de la majorité. Cette majorité était précoce, comme chez les peuples peu avancés en civilisation. Elle fut fixée par les Francs Saliens à l'âge de douze ans ; chez d'autres peuples barbares, elle était un peu plus reculée, sans doute sous l'influence des idées romaines ; ainsi chez les Wisigoths, les Burgondes, les Ripuaires, elle était de quatorze à quinze ans. Arrivé à l'âge de la majorité, l'enfant acquérait une capacité relative, mais était-il complètement affranchi du *mundium*, quand il restait dans la maison paternelle ? Il est permis de croire que non, à moins qu'il ne se séparât de sa famille, pour chercher ailleurs un établissement. »

Les débuts du vieux droit français sont très humbles ; il s'est borné à tout emprunter. C'est là du reste une loi

(1) Alfred Gautier, *Précis de l'histoire du droit français*, page 118.

Paul Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, page 412.

normale dans la vie des peuples et dont la démonstration se fait tous les jours : lorsque deux peuples dont l'un est civilisé et l'autre barbare se rencontrent, celui dont la civilisation est la plus avancée absorbe toujours l'autre et lui impose ses mœurs, ses habitudes, sa législation. La Gaule a suivi cette loi fatale du progrès ; l'absorption n'a pas été cependant complète et absolue. Les idées nationales ne disparaissent pas tout d'un coup ; leur influence se fait plus ou moins sentir. Arrive un moment où l'équilibre se rétablit : à l'imitation servile succède l'originalité.

Les rois de la première race, dit Merlin (1), prirent le parti d'autoriser les Gaulois à suivre le droit romain, ainsi qu'ils l'avaient fait avant la conquête. De là est nécessairement résultée en Gaule la conservation de la puissance paternelle selon les principes admis par les derniers empereurs romains qui ont régné sur elle.

Insensiblement même, on cessa de distinguer les conquérants d'avec les vaincus : tous admirèrent la puissance paternelle.

Sans s'attarder à de longues recherches sur la puissance paternelle dans les premiers siècles de l'histoire du droit français, on peut poser en principe que nos ancêtres avaient admis la puissance paternelle. Déjà sous les Carlovingiens, le père avait le droit pour subvenir à ses besoins de vendre son enfant. L'influence romaine est ici manifeste. Au treizième siècle il était loisible au père de consacrer irrévocablement ses enfants, même dans le sein de la mère, aux professions ecclésiastiques ou monacales.

(1) Rép. Merlin, p. 338, mot *puissance paternelle*.

Les plus anciennes chartes des rois de France prouvent à n'en pas douter, que la puissance paternelle était reconnue dans notre pays. Merlin, dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, en cite trois ; la première est relative au testament fait en 1304 par la reine Jeanne de Champagne, femme du roi Philippe-le-Bel : « Cette princesse ayant désiré que ses dernières « dispositions fussent approuvées par son fils aîné, qui « avait alors plus de quatorze ans, il eut pour cela besoin « de l'autorisation de son père. »

La deuxième est du roi Philippe de Valois qui, voulant donner à son fils le duché de Normandie, le comté d'Anjou et celui du Maine, commença par l'émanciper, afin qu'il fût habile à les recevoir. Elle est datée du 17 février 1331. On le voit, c'est encore un souvenir très vivace du droit romain.

Quant à la troisième charte, elle a trait à l'acte de donation que le roi Jean fit à son fils Philippe, le 6 septembre 1363, du duché et du comté de Bourgogne. Philippe y est expressément émancipé (1).

Le cadre et l'objet même de cette étude ne nous autorisent pas à entrer dans une étude plus approfondie de tous les documents historiques, qui permettent d'établir que la puissance paternelle était reconnue en France dès le début de notre histoire nationale. Ce serait sortir de notre sujet.

Et si un exposé rapide de la puissance paternelle en France au dernier état de l'ancien droit s'impose, c'est simplement afin de permettre plus facilement, dans une matière toute de tradition, d'apprécier le système du Code

(1) Merlin. Rep. loc. cit.

civil et de mesurer tous les efforts que l'on a dû faire pour arriver à organiser tout un ensemble de déchéances.

Une distinction est à faire dès le début entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier. De même qu'aucune démarcation nettement tranchée n'a jamais existé entre ces deux grandes divisions, de même aucune règle générale et absolue n'a jamais été appliquée.

Ce serait donc une grave erreur de croire par exemple, en prenant les mots à la lettre, que dans les pays de droit écrit, le droit romain seul était appliqué à l'exclusion de toute coutume locale. En effet, dans les villes de Toulouse et de Bordeaux entr'autres, qui sont villes de droit écrit, à côté du droit romain qui forme le fond du droit, la coutume a pris sa place et elle a même exercé une influence manifeste en le modifiant quelquefois profondément sur certains points.

Le même raisonnement s'impose pour les pays de droit coutumier : à côté de la coutume vit le droit romain, qui s'applique dans un grand nombre de cas et notamment quand les coutumes sont muettes ou contradictoires. La distinction n'est donc pas absolue : elle consiste plutôt dans la prédominance soit du droit romain soit du droit coutumier.

I^{re} SECTION.

I. — PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Quelle est dans les pays de droit écrit l'organisation de la puissance paternelle ? Elle est en général celle du droit romain atténué et modifié par l'influence des cou-

tumes locales. Le père a le droit d'usufruit sur tous les biens appartenant à ses enfants à titre de pécule adventice. N'y sont pas sujets les biens *castrenses* et *quasi castrenses* : ce sont ceux que les fils de famille ont acquis à la guerre, au barreau ou au service de l'Église. Le droit de tester n'appartient aux enfants que pour ces derniers biens.

Les fils de famille n'ont point leurs propres enfants en puissance, quand ils sont eux-mêmes sous la puissance de leur aïeul. C'est la vieille règle du droit romain. Le père qui omet dans son testament son fils en puissance, est réputé mort *ab intestat* ; si l'exhérédation est prononcée et faite sans juste cause, elle donne lieu au profit du fils à la *querela inofficiosi testamenti*. La sanction est différente selon qu'il y a préterition ou exhérédation.

On admet en général que la puissance sur la personne cesse à la majorité, sauf dans le Poitou. Mais dans tous les pays de droit écrit la puissance est perpétuelle quant aux biens, à moins d'émancipation. Le mariage n'émancipe pas (1). Il arrive ainsi fatalement que l'aïeul a sous sa puissance tous les biens de ses descendants *per masculos*. Sur ce point l'influence du droit romain est encore manifeste.

Une condition est imposée au père pour qu'il puisse prétendre à bon droit à la puissance paternelle sur ses enfants : il doit être régnicole, de même qu'en droit romain le *pater* devait être citoyen romain.

Si un père vient à encourir une condamnation au bannissement perpétuel du royaume il n'est plus régnicole ; il est déchu de son autorité paternelle. Le bannis-

(1) Gautier, page 419. Viollet, page 442.

sement à temps, la relégation ne produisent pas cet effet. C'est ce qui a été jugé à propos de la première de ces peines par une décision de la Chambre de l'édit de Castres du 1^{er} avril 1633 (2).

Le droit romain avait en France subi une timide transformation sur un point : la mère à laquelle on ne va pas jusqu'à reconnaître formellement l'autorité sur ses enfants, est cependant mieux traitée ; elle participe de concert avec le père à l'exercice de cette puissance. Elle a droit de la part de ses enfants au respect et à l'obéissance.

Les droits sur la personne physique des fils de famille sont modifiés : le droit de vie et de mort du droit romain a été remplacé par le droit de correction exercé sous la surveillance de l'autorité publique. Ce qui le prouve surabondamment, ce sont un certain nombre d'espèces rapportées par Merlin dans son *Répertoire universel de jurisprudence*.

On trouve dans le *Recueil* de Boniface, tome IV, livre 9, titre IV, chapitre V, un arrêt du 16 décembre 1669 par lequel, sur la question de savoir si un père maltraitant sa fille, doit être déclaré indigne de la puissance paternelle, et si l'aïeul maternel doit en ce cas avoir la conduite de l'enfant, le Parlement de Provence ordonna avant faire droit, que l'aïeul maternel ferait preuve des mauvais traitements exercés par le père envers sa fille, en la chassant de la maison, lui refusant des aliments et la faisant coucher nue dans une écurie.

Cette décision de justice accuse l'existence de plusieurs règles : le père a le droit de correction sur ses enfants ;

(2) Merlin, *Répertoire, Puissance paternelle*, page 341.

mais ce droit n'est pas absolu ; l'autorité publique est appelée à exercer une surveillance sur les abus dont l'autorité paternelle pourrait se rendre coupable ; si le père est reconnu l'auteur de mauvais traitements, il peut être déclaré déchu de sa puissance paternelle. On le voit, en 1669 le droit écrit avait admis un principe qui n'a été reconnu que bien tardivement dans notre loi.

Une nommée Marguerite Caillot avait à se plaindre amèrement de son père et de sa belle-mère qui se livraient sur elle à de mauvais traitements. Elle demanda au Parlement de Provence que son père fût condamné à lui payer une pension alimentaire de six cents livres, pour lui permettre de vivre hors de la maison paternelle. Elle articulait à l'appui de sa demande un certain nombre de faits. Le défendeur répliqua, soutenant que la preuve des faits n'était pas admissible en l'absence d'écrit ou de commencement de preuve par écrit. Intervint le 12 mai 1779 un arrêt aux termes duquel, conformément aux conclusions de l'avocat général, elle était autorisée à faire cette preuve ; le père était en outre condamné à lui « garnir la main de cent livres, à la charge par elle « de se retirer pendant le procès dans la maison de « Provence » (1).

Voici une autre espèce résolue par un arrêt du Parlement de Bretagne en date du 26 avril 1559 : « Jeanne « Lanté avait été battue par son père à l'occasion d'un « nommé Daniel. Sur les plaintes qu'elle porta en justice, le juge des lieux l'admit à en faire la preuve et « la preuve faite l'autorisa à se séquestrer. Appel de la « part du père et arrêt en conséquence qui mit les

(1) *Rép., loc. cit.*, Merlin.

« parties hors de cour, ordonna néanmoins que la fille
« serait tenue de rentrer dans la maison paternelle
« moyennant la caution d'y être bien traitée, et fit
« défense au père de ne plus sévir sur elle de cette
« manière à peine de cinq cents livres d'amende et de
« prison » (1).

La décision qui a été frappée d'appel autorisait ainsi une fille à se soustraire à l'autorité paternelle. Le droit de garde était donc, lui aussi, soumis à l'autorité publique, qui pouvait, en présence d'abus de la part du père, l'enlever à ce dernier ou en restreindre l'exercice.

Merlin cite un auteur Graverol (sur de la Rocheffavin), qui décide formellement que l'enfant a le droit de se soustraire à l'autorité paternelle quand il y a abus :
« Quoique les enfants soient sous la puissance de leur
« père, ils peuvent s'en tirer quand ils sont extrêmement
« maltraités, surtout quand c'est à cause d'une marâtre,
« que le père leur a donnée par un second mariage. »

Un arrêt d'audience du 31 janvier 1675, rendu par la grand'chambre du Parlement de Toulouse, est conforme à cette manière de voir. Notons par contre, que lorsque le père a de graves sujets de mécontentement envers son fils, il peut le faire incarcérer.

Quelle est la conclusion à tirer des différentes espèces que l'on vient de rapporter ? Le père, on le voit, a le droit de correction sur son fils ; tant qu'il ne dépasse pas la mesure, l'autorité publique n'a pas à intervenir ; la puissance paternelle est entière ; on laisse à la raison et à l'affection si naturelle du père le soin d'en assurer le sage exercice.

(1) Merlin, *Répertoire*, id..

Mais quand de la part du père se produisent des violences, des brutalités caractérisant, à n'en pas douter, un odieux abus, lorsque même à raison de certaines circonstances spéciales comme un remariage, il y a lieu de mettre en garde l'enfant contre certains égarements, alors l'autorité publique a le devoir et le droit d'intervenir ; elle le fait en quelque sorte, comme juge d'appel de la justice paternelle.

La sanction d'un abus d'autorité de la part du père varie suivant les circonstances : le père peut être condamné à l'amende et même à la prison. S'il y a lieu de craindre de nouveaux abus, l'enfant peut être soustrait pour un certain temps à l'autorité paternelle. Il y a plus, la déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée contre le père.

Dans l'ancienne jurisprudence des pays de droit écrit on peut dire que l'autorité paternelle a été maintenue dans des limites très étroites. Il fut même admis de bonne heure, que si le fils de famille avait mérité par son inconduite une peine plus sévère qu'une simple correction paternelle, le père méconnu dans son autorité ne pouvait pas lui-même édicter la punition : il fallait avoir recours à la justice pour la prononcer et en permettre l'exécution. Une fois la justice saisie, elle devenait maîtresse du sort de l'enfant et un certain nombre de décisions de parlements n'admettent pas que le père puisse exercer un droit de rétractation et suspendre l'effet de la décision de justice. Le Code civil sur ce point a été plus sage et il a permis au père de faire œuvre de bonté et d'indulgence.

Tels sont d'une façon générale et rapidement exposés les principes en vigueur dans les pays de droit écrit. La législation n'a jamais été uniforme ; aucun texte précis

ne la réglementation. C'est de la conciliation du droit romain et des coutumes locales, que sont issues le plus grand nombre des décisions de parlements. Aussi sont-elles souvent contradictoires.

Nous ne pouvions donc qu'exposer à grands traits les caractères de cette législation.

II^e SECTION.

II. — PAYS DE DROIT COUTUMIER.

Ce serait une erreur grave que de croire un seul instant que nous devons rencontrer là, une divergence absolue entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier. Les différences portent plus souvent sur les détails que sur le fond. L'opposition n'est pas la plupart du temps nettement caractérisée. Il importe de l'exposer en quelques mots : « fondée principalement sur l'intérêt
« des enfants eux-mêmes, la puissance paternelle des
« pays de coutume était pour les parents, une consé-
« quence et un moyen d'accomplissement de l'obligation
« qui leur était imposée, d'élever leurs enfants, d'où il
« suivait :

« 1^o Qu'elle appartenait à la mère aussi bien qu'au
« père, en remarquant toutefois que la mère ne pouvait
« l'exercer qu'à défaut du père.

« 2^o Qu'elle finissait lorsque les enfants n'avaient
« plus besoin d'être surveillés et dirigés, c'est-à-dire
« par leur majorité à vingt-cinq ans ou par leur

« mariage même avant vingt-cinq ans ou par l'émancipation » (1).

Dans le droit coutumier il faut s'attendre à trouver plus d'anarchie, plus d'incertitude que dans le droit écrit, ce dernier assujetti dans presque toutes les hypothèses aux règles du droit romain. Comment du reste pouvait-il en être autrement dans les pays de coutume, puisque chaque province, chaque ville, avaient des coutumes différentes les unes des autres et quelquefois sans la moindre analogie ni de près ni de loin ?

Loysel dans ses *institutes coutumières* écrit : « droit de puissance paternelle n'a lieu » (2).

Cette règle avait déjà été formulée par Dumoulin dans son commentaire de la coutume de Paris. Les auteurs qui ont suivi l'ont reproduite, quelques coutumes la mentionnent expressément.

A la prendre à la lettre, la règle semble signifier qu'en droit coutumier toute autorité est refusée au père sur ses enfants. Cette interprétation serait erronée et au surplus illogique, car on ne peut normalement admettre qu'une législation quelconque refuse d'une façon absolue au père tous droits sur ses enfants. Tel n'est donc pas le sens véritable de la règle. Les auteurs coutumiers ont voulu dire que la puissance paternelle n'a pas, dans les pays de coutume, les caractères de la puissance paternelle romaine. C'est une autorité paternelle tout autre, produisant des effets différents : « Nous n'avons plus, dit « M. du Vair au sixième des arrêts prononcés en robes

(1) Pothier, *Traité des personnes*, partie I, tit. 6, section II. — V. également Denizart.

(2) *Dictionnaire de droit*, de de Ferrière, au mot *puissance paternelle*.

« rouges (page 1121), la puissance que les Romains
« avaient sur leurs enfants ; cette souveraine domination
« est changée de la part des pères en charitable amour et
« cet esclavage de la part des parents, en un honneur
« plein de respect et par conséquent les effets de cette
« puissance sont changés. »

Cette citation prouve clairement le sens spécial que l'on doit attacher à la règle de Loysel. Et ce qui atteste que la règle ne saurait être entendue autrement, c'est qu'un grand nombre de coutumes, la majorité même, reconnaissent expressément au père la puissance paternelle ; dans cette catégorie figurent notamment les coutumes (1) de Clermont en Argonne (chapitre 3, article 3), de St-Mihiel (2) (titre 1, art. 16), de Lorraine (titre 1 art. 16), d'Epinal (titre 3, art. 16), d'Orléans (articles 180 et 185), de Normandie (art. 421,) etc....

Cependant quelques coutumes, comme celles de Bourgogne, étaient indécises ; en pratique, elles tendaient à la reconnaissance de cette autorité.

Quelles sont les règles de fond généralement adoptées par les coutumes : « dans les pays coutumiers, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses, dans le droit qu'ont les père et mère de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens. De ce droit dérive la garde noble et bourgeoise » (3).

(1) Merlin, *Répertoire*, mot *puissance paternelle*.

(2) La coutume de St-Mihiel s'exprime ainsi :

« Les enfants sont sous la puissance de leur père, n'est qu'ils soient émancipés de lui. »

3) Pothier, *Traité des personnes*, partie I, titre VI, section II.

Mettons en relief cette idée, que les coutumes accordent généralement à la mère le droit de gouverner la personne et les biens de ses enfants à défaut du père ; le droit écrit qui avait sur ce point suivi le droit romain, se montrait bien moins favorable.

Ainsi, dans les pays de coutume, droit d'éducation sur les enfants et droit d'administration de leurs biens personnels. Le droit d'éducation a pour conséquences juridiques le droit de garde et le droit de correction ; les coutumes les accordaient aux parents (1).

Le corollaire du droit d'administration est l'usufruit légal, connu dans l'ancien droit sous le nom de garde noble ou de garde bourgeoise. Cette institution est assez intéressante pour que nous nous y arrêtions un instant.

La garde noble s'applique, comme son nom le fait pressentir, aux nobles ; la garde bourgeoise n'a trait qu'aux roturiers.

La première en date est la garde noble ; la garde bourgeoise en est issue. La garde noble tire son origine du régime féodal : « Comme les fiefs étaient tenus autrefois
« à la charge du service militaire, lorsqu'un vassal lais-
« sait des enfants mineurs qui n'étaient pas encore ca-
« pables de ce service, le seigneur se mettait en possession
« du fief et en jouissait jusqu'à ce qu'ils eussent atteint
« un âge suffisant, en se chargeant de pourvoir, en atten-
« dant, à leurs aliments et à leur éducation » (2). Le

(1) On admet généralement que la mère a le droit de correction de concurrence avec le père, mais on a soutenu à cet égard, que ce droit n'est pas un attribut de la puissance paternelle, puisqu'il appartient également à la mère. Nous ne sommes pas de ce sentiment.

(2) Pothier, *Introduction à l'étude des fiefs*, ch. X, n° 315.

seigneur ne tarda pas à se décharger de ce droit sur les plus proches parents, qui prenaient ainsi son lieu et place avec les obligations qui y adhéraient. Quelques coutumes allèrent plus loin ; la garde noble et bourgeoise créée d'abord pour le cas de mort du père, a été attribuée au père lui-même, puis aux aïeuls et aïeules des mineurs, quelquefois à des collatéraux.

La majorité du mineur noble est fixée au moment où il peut prendre du service militaire ; pour la fille noble, au moment où elle est habile à prendre un mari qui l'acquittera du service militaire. Les mineurs roturiers devenaient majeurs quand ils arrivaient à un âge déterminé variable suivant les coutumes et suivant les époques ; quelques-unes, citées par Merlin, plaçaient cette majorité au moment où les mineurs étaient aptes à faire des commerçants (1).

Le plus souvent la garde ne conférait qu'un droit d'usufruit, quelquefois c'était un droit de propriété, outre le revenu des biens qui était concédé au baillistre. La différence pratique entre la garde noble et la garde bourgeoise consistait dans l'émolument qui presque toujours n'était attaché qu'à la première ; l'obligation de rendre compte était imposée au gardien bourgeois.

En général, ce qui advient aux enfants à quelque titre que ce soit, n'appartient pas, comme en droit écrit, au père : il n'a le plus souvent que l'usufruit.

Cependant dans les coutumes d'Auvergne, du Bourbonnais, de Reims, du Berry et dans quelques autres, le père acquiert par ses enfants tous les meubles et immeubles jusqu'à ce qu'ils soient parvenus à un certain âge.

(1) Merlin, *Rép.*, mot *puissance paternelle*.

Ce qu'il importe surtout de remarquer et de retenir de cette étude c'est que la puissance paternelle dans les pays coutumiers prenait fin à la majorité. On a vu plus haut que dans les pays de droit écrit, sur les biens, la puissance paternelle était perpétuelle.

CHAPITRE VI

Des causes qui mettent fin à la puissance paternelle en droit écrit et en droit coutumier.

Nous avons déjà indiqué plus haut, en étudiant l'organisation de la puissance paternelle en droit écrit, un certain nombre de causes d'extinction de la puissance paternelle. Il n'y a plus, en conséquence, à y revenir (1).

D'après les coutumes, l'émancipation pouvait se faire soit par acte, soit devant un magistrat, « en frappant de
« la main l'enfant sur la tête ou à la joue après avoir
« dit qu'il est mis hors de puissance pour librement
« traiter, acquérir et jouir de ses droits » (2).

Cette émancipation pouvait, dans certaines coutumes, avoir lieu quel que soit l'âge de l'enfant. La coutume de Saint-Mihiel (titre I, article 17) s'exprime ainsi : « Et peut le père émanciper ses enfants toutes et quantes fois que bon lui semble, pardevant son juge ordinaire et domiciliaire. » La coutume de Clermont-en-Argonne (chap. II, art. 9) dit également : « Le père peut émanciper son fils en tout âge après sept ans, pardevant son juge. »

En principe l'émancipation devait être consentie par le père ; dans cette hypothèse il n'y a pas véritablement de déchéance puisqu'on ne conçoit la déchéance que comme

(1) Voir en effet chapitre V, section I, p. 50, 51, 52.

(2) Merlin, mot *Puissance paternelle*. Rép. Bouhier, *Usage du duché de Bourgogne*, chapitre XVI, n° 39.

privation d'un droit prononcée contre le gré de son titulaire. Cependant dans certains cas l'émancipation était imposée au père ; il y avait ainsi une véritable déchéance

Le mariage dans les pays de coutume émancipait l'enfant ; il n'en était pas de même dans les pays de droit écrit. Le père en principe doit consentir au mariage de son enfant : nous sommes en présence d'une simple cause d'extinction de la puissance paternelle n'impliquant pas une idée de démerite.

Nous n'avons pas à nous occuper de l'adoption, qui, chose curieuse, n'a été admise sous l'ancienne monarchie ni par le droit écrit, ni par le droit coutumier.

L'émancipation peut se faire par l'habitation séparée hors de la maison paternelle ; mais les coutumes imposent des délais qui varient suivant chacune d'elles. Les unes n'exigent qu'une séparation d'un instant, les autres celle de l'an et jour, d'autres enfin une séparation de dix à vingt ans.

L'extinction de la puissance paternelle est la conséquence de cette présomption que le père n'ayant pas fait rentrer l'enfant au foyer paternel, accepte librement l'abdication à son autorité. Ce qui permet d'affirmer que telle est la pensée des coutumes, c'est qu'en principe, l'habitation séparée ne produit l'émancipation que lorsqu'elle n'amène pas d'opposition de la part du père. Il faut au surplus qu'elle soit libre de la part de l'enfant.

On se rappelle que dans le dernier état de la jurisprudence romaine, seule la dignité de *patrice* émancipait de la puissance paternelle. Justinien dans sa Novelle 81 avait étendu ce bénéfice à un certain nombre de magistratures d'un ordre élevé. Dans les pays de droit écrit on

appliqua par analogie la Novelle aux évêques, aux gouverneurs de province, aux lieutenants généraux des armées ; on discutait la question de savoir si ce privilège devait être conféré aux ministres, aux secrétaires et aux conseillers d'État.

Le droit coutumier s'était montré plus large et d'ordinaire étaient émancipés tous ceux qui exerçaient une profession honorable, comme les magistrats, les avocats, les clercs. La coutume de Saint-Mihiel à cet égard, s'exprimait ainsi : « Les clercs constitués ès-ordres sacrés sont censés émancipés et mis hors de puissance paternelle en quelque âge qu'ils soient » (1).

Mais nous ne saurions voir là de déchéance prononcée contre le père. Nous en dirons autant de l'âge, qui, dans un grand nombre de coutumes, produisait de plein droit extinction de la puissance paternelle.

En résumé, quelle était la situation à la veille de la Révolution ? Aucune unité dans les coutumes, un désaccord constant entre les coutumes générales et particulières, une incertitude complète sur l'existence ou l'abrogation des ordonnances, des difficultés inouïes d'interprétation des textes, une lutte vive entre le droit romain et les coutumes locales qui cherchent à le supplanter : tel est le tableau que nous offre l'ancien droit.

Ce n'est pas tout : une différence criante existait entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier.

Dans les premiers, une puissance paternelle fortement organisée : les enfants sont sous la puissante domination du père ; c'est du reste au profit de ce dernier surtout que l'institution existe. Personnellement, les enfants

(1) *Coutume de Saint-Mihiel*, titre I, art. 20.

peuvent difficilement acquérir ; de là une gêne considérable dans le domaine économique, l'énervement de l'énergie individuelle et, ce qui est plus grave, une restriction inutile dans la liberté.

En droit coutumier, le caractère de l'institution est complètement différent : l'autorité paternelle est toute de protection pour l'enfant ; la liberté de l'individu commence à sa majorité ; l'émancipation est facile ; l'enfant acquiert pour son compte ; il peut fonder plus facilement une nouvelle famille dont les intérêts seront distincts ; partant de là, on doit rencontrer beaucoup plus d'énergie et d'émulation de la part de l'homme.

CHAPITRE VII

Droit Intermédiaire

La Révolution arrive, nivelant sur son passage toutes les inégalités sociales et introduisant dans la législation l'ordre et l'unité.

Un certain nombre de lois ont été rendues depuis 1789 jusqu'à la loi du 30 ventôse an XII. Elles sont toutes marquées de cet esprit d'innovation hardie et dépassant quelquefois la mesure, qui est la physionomie de cette époque tourmentée de notre histoire.

La première modification apportée à la puissance paternelle l'a été par la loi du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire (art. XI et s., T. X). Elle a organisé les tribunaux domestiques, auxquels était dévolue la connaissance des écarts de conduite commis par les enfants (1). Aux termes de l'article 16, le tribunal de famille peut ordonner que l'enfant âgé de moins de vingt ans accomplis sera renfermé pour une durée de temps qui ne peut excéder un an. L'arrêté de famille ne peut être

(1) Loi du 16 août 1790, art. 15 : « Si un père ou une mère, ou un aïeul, ou un tuteur a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille, dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter plainte au tribunal domestique de la famille assemblée au nombre de huit parents les plus proches, ou de six au moins s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre, et à défaut de parents, il y sera suppléé par des amis ou voisins.

exécuté avant d'avoir été présenté au président du Tribunal du district, qui peut ordonner ou refuser l'incarcération ou modifier la durée de la peine (article XVII).

Ce qui frappe, c'est d'une part l'importance considérable que la loi de 1790 donne à l'autorité publique, pour la connaissance de ces questions de famille, et d'autre part la restriction énorme apportée aux droits de puissance paternelle.

La loi du 28 août 1792 déclare que les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle (1). Ainsi disparaît la puissance paternelle du droit romain : on consacre le principe du droit coutumier.

En 1793, le projet présenté par Cambacérès allait jusqu'à la suppression absolue de toute puissance paternelle : « La voix impérieuse de la raison s'est fait
« entendre ; elle a dit : Il n'y a plus de puissance pater-
« nelle ; c'est tromper la nature que d'établir ses droits
« par contrainte ; surveillance et protection : voilà les
« droits des parents ; nourrir, élever, établir leurs
« enfants : voilà leurs devoirs.

« Quant à l'éducation, la Convention en décrètera le
« mode et les principes. La nourriture ne se prescrit pas :
« mais rien n'est indifférent dans l'art de former les
« hommes.

« Chiron fut chargé de l'éducation d'Achille ; il le
« nourrissait de la moëlle de lion » (2).

Nous avons reproduit à dessein cette citation dans son

(1) La loi du 20 septembre 1792 sur la tenue des registres de l'état civil et celle du 31 janvier 1793, sur la capacité civile des majeurs avaient fixé la majorité de tout Français à vingt et un ans.

(2) Fenet, t. 1, p. 5. Rapport fait par Cambacérès à la séance du 9 août 1793.

entier, afin de montrer par là l'exagération évidente des théories de cette époque, qui ne tendaient à rien moins, qu'à la suppression complète de toute autorité sur les enfants. C'était dépasser la mesure, sous le faux prétexte de liberté et d'égalité, que d'affaiblir le principe de l'autorité paternelle si fécond et si utile dans une société.

Aussi ne devons-nous trouver dans les dispositions de loi de cette époque aucune déchéance édictée contre le père ; il devait en être ainsi avec une autorité paternelle si restreinte et si affaiblie.



CHAPITRE VIII.

Code civil.

On voit, par l'historique que l'on vient de lire, quels changements au cours des siècles avait subis cette institution de la puissance paternelle, quelle influence avait exercée sur elle chaque nation ou pour mieux dire chaque civilisation et enfin quelles difficultés elle avait éprouvées à se débarrasser de ce qu'elle avait de trop dur et de trop rigoureux.

Nous arrivons au Code civil ; le cadre de notre étude et le but que nous poursuivons ne nous permettent pas d'entrer dans l'examen approfondi des dispositions du Code civil, qui réglementent la puissance paternelle. Aussi nous bornerons-nous à en faire l'exposé sommaire et rapide, sans nous attarder outre mesure aux discussions de doctrine et de jurisprudence : cela nous servira plus loin à l'examen critique de la loi de 1889, objet plus spécial de nos recherches. On ne peut, en effet, étudier la déchéance d'un droit et en apprécier la portée et l'utilité, sans connaître ce droit lui-même.

La puissance paternelle, telle que l'a organisée le Code civil et telle que nous la comprenons encore aujourd'hui, est l'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs non émancipés.

D'après notre loi, l'autorité paternelle n'est pas l'apanage exclusif du père : elle appartient aussi à la mère,

qui toutefois ne l'exerce qu'à défaut du père. On rend ainsi dans la loi, hommage à l'affection que la nature a mise au cœur de la mère : on en fait la source d'un véritable droit. Le droit romain et le droit écrit ne l'avaient jamais admis. Le droit coutumier avait préféré la doctrine contraire : le Code civil l'a suivi.

Le but de l'institution est également tout autre : on n'a pas, comme à Rome, cherché à favoriser exclusivement l'intérêt de l'État et celui du père ; on a eu en vue celui de l'enfant, à qui la loi donne un aide et un protecteur. Ainsi s'accroît la personnalité juridique de l'enfant.

Le législateur de 1804 a tenu à manifester que telle était sa pensée et il l'a exprimée dans la loi. L'article 371 placé au frontispice du titre de la puissance paternelle s'exprime ainsi : « l'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » C'est le principe de la loi morale. On a reproché à cet article d'être inutile et de formuler une règle qui n'a pas besoin d'être écrite, puisqu'elle se trouve dans tous les cœurs. On a répondu avec raison que l'article 371 avait pour but de poser le principe, dont tous les autres n'ont qu'à développer et fixer les conséquences. En beaucoup d'occasions, il doit servir de point d'appui pour le juge. Ce dernier motif a entraîné le vote.

On peut faire une critique au législateur de 1804 : dans tout le titre de la puissance paternelle on ne voit figurer aucune disposition dans laquelle soit indiquée une obligation quelconque à la charge des parents. Ce n'est qu'au titre du mariage, qu'est édictée une obligation pesant sur les parents, au profit et dans l'intérêt des enfants. L'article 203 est ainsi conçu : « Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever leurs enfants. »

La corrélation entre le titre de la puissance paternelle et l'article 203 n'est pas absolue : les père et mère restent soumis à l'obligation de supporter les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants, lors même que par une cause quelconque, ils se trouvent dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle ou qu'ils en sont déchus (1).

Il y a là un défaut de méthode à signaler, car le titre de la puissance paternelle ne se suffit pas à lui seul ; il doit être corroboré par d'autres dispositions éparses dans le Code civil ; l'article 203 en est une preuve évidente.

Cet article émet une fausse idée : l'obligation qu'il crée ne naît pas du mariage, comme il l'indique, mais du fait de la génération (2). S'il en était autrement, il y aurait une contradiction flagrante dans la loi : en effet comment admettre la même obligation au profit d'enfants nés hors mariage ! Or la loi dans les articles 762 et 763 la reconnaît.

La puissance paternelle appartient concurremment au père et à la mère, mais tant que le père vit ou qu'une cause comme l'absence ou une interdiction légale ou judiciaire n'y met pas obstacle, lui seul en a l'exercice.

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître, que l'expression de puissance paternelle reçoit deux acceptions différentes, qu'il importe maintenant de nettement distinguer. Tantôt, on parle de la puissance paternelle *lato sensu*, tantôt, on ne fait allusion qu'à la puissance paternelle considérée *stricto sensu* (3).

(1) Aubry et Rau, p. 73, T. 6. — Marcadé, T. 1, p. 508.

(2) Marcadé, T. 1, p. 504.

(3) Aubry et Rau, p. 73, T. 6.

Quel est le sens de chacune de ces dénominations ? Nous avons déjà fait entrevoir ce qu'il fallait entendre par cette expression de puissance paternelle *lato sensu*. C'est l'ensemble des droits que la loi confère aux ascendants (1).

Dans la législation romaine et celle du droit écrit, c'est surtout dans cette acception qu'il faut entendre l'expression puissance paternelle. Nous ne trouvons de changements dans le sens exact et juridique de cette dernière expression, que lors de l'apparition du droit coutumier : celui-ci fait cesser la puissance paternelle au moment soit du mariage, soit de la majorité ; l'expression n'est plus aussi générale. Les rédacteurs du Code civil prirent les deux acceptions. Si on considère les articles 371 et 372 du Code civil, on s'aperçoit facilement que cette distinction ne leur a pas échappé : ils l'ont fortement accentuée.

L'article 371 pose en effet en principe qu'à tout âge l'enfant doit honorer et respecter ses père et mère et l'article 372 qui suit, décide que ce même enfant ne reste sous leur autorité, que jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Il y a là évidemment deux pensées différentes ; aussi, le premier article ne vise-t-il que la puissance paternelle *lato sensu*, le second la puissance paternelle *stricto sensu*. Celle-ci s'appelle plus particulièrement autorité paternelle.

(1) Mourlon, T. 1, p. 550.

I^{re} SECTION

DE LA PUISSANCE PATERNELLE « STRICTO SENSU ».

La puissance paternelle *stricto sensu* peut se définir : « l'ensemble des droits et pouvoirs qui s'éteignent par la majorité ou l'émancipation de l'enfant » (1).

Aux termes de l'article 373 du Code civil elle appartient également aux père et mère. Mais le père seul l'exerce pendant le mariage, à condition toutefois qu'il n'en soit pas devenu incapable, physiquement et légalement, soit par l'absence ou l'interdiction.

Quelles sont les prérogatives accordées à celui des parents qui en est nanti ? C'est le droit de diriger l'éducation des enfants et de surveiller leur conduite. A cet égard, les parents jouissent sous l'empire du Code civil de la liberté la plus absolue. Le projet présenté à la Convention par Cambacérès était moins libéral ; il imposait au père l'obligation d'apprendre à son fils l'agriculture ou un art mécanique. La sanction proposée était étrange. L'article 2 du projet s'exprimait ainsi : « Le principal devoir des père et mère après avoir nourri et élevé leurs enfants est de leur apprendre ou faire apprendre un métier d'agriculture ou d'art mécanique. Ceux qui négligeraient d'accomplir cette obligation, sont tenus de fournir des aliments à leurs enfants, pendant toute leur vie. » Il est certain que c'est le résultat qui, indépendamment de toute sanction prononcée par la loi, arrivera le plus

(1) Aubry et Rau, T. 6, p. 76.

souvent, quand les parents jouissant d'une certaine aisance, n'auront pas cru devoir imposer à leurs enfants l'étude d'une profession quelconque.

§ 1. — *Du droit d'éducation.*

D'après le Code civil, les parents jouissent de toute latitude ; ils ont pleins pouvoirs pour diriger cette éducation ; à eux seuls, il appartient de prendre les mesures utiles à développer leurs enfants au point de vue physique, moral et intellectuel. Aucune sanction n'est édictée. C'est une lacune que nous signalons en passant.

Outre le droit d'éducation, les parents ont le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale.

L'article 398 au titre de la tutelle accorde en outre au père durant le mariage le droit d'administration légale.

§ 2. — *Du droit de garde.*

Le droit de garde impose au fils l'obligation d'habiter la maison de ses parents et il ne peut la quitter avant sa majorité sans autorisation, à moins que ce ne soit à partir de l'âge de vingt ans pour enrôlement volontaire. Cert ains auteurs, Marcadé entre autres, estiment que l'enfant peut se faire autoriser par justice à quitter la maison paternelle à raison des dangers qui peuvent l'y menacer : il y aura lieu de revenir dans la suite sur ce point (1).

(1) Marcadé, t. 1, p. 182.

§ 3. — *Du droit de correction.*

Le droit de correction est pour le père le droit de faire détenir l'enfant, quand il tombe dans de graves écarts de conduite. Cette détention, qui ne peut jamais être encourue sans un ordre émané du président du Tribunal, ne ressemble en rien à un emprisonnement ordinaire. L'article 378 le prouve amplement, puisqu'il a le soin de recommander qu'aucune écriture ne soit passée et que l'ordre d'arrestation ne mentionne pas les motifs : on ne veut pas qu'il reste une trace quelconque d'une faute de jeunesse. On évite par là d'humilier l'enfant et d'é-mousser en lui la sensibilité morale.

La détention est de deux sortes : elle est prononcée tantôt par voie de réquisition, tantôt par voie d'autorité.

L'arrestation par voie d'autorité a lieu sans que le père qui la sollicite, soit tenu d'en donner les motifs dans sa requête. Le président n'a pas qualité pour les apprécier. Il doit purement et simplement faire droit à la requête. On ne veut pas encore, étant données les conditions assez rigoureuses imposées au père qui réclame une telle mesure, que l'autorité publique intervienne. C'est affaire entre le père et l'enfant : la justice n'est pas appelée à exercer son autorité tutélaire : le père seul est juge de la punition qu'il veut infliger ; il ne répond que de sa conscience.

Les conditions à remplir sont les suivantes : 1° l'enfant doit avoir moins de quinze ans ; 2° c'est le père qui doit réclamer la détention ; 3° le père ne doit pas être remarié ; 4° l'enfant ne doit pas avoir de biens personnels ou de profession à lui propre.

Ces conditions s'expliquent d'elles-mêmes : on voit ici

apparaître la sollicitude de la loi, qui cherche à éviter toutes les influences fâcheuses qui peuvent avoir prise sur le père, soit qu'il soit sous la domination d'une femme comme au cas de remariage, soit qu'il ait le machiavélique dessein de dilapider plus à l'aise la fortune de l'enfant, quand celui-ci a des biens personnels.

Au cas de détention par voie de réquisition, la requête peut comprendre les motifs que le père allègue à l'appui de sa demande; le président les examine, et naturellement, il a le droit de rejeter la demande ou de l'accorder après entente avec le procureur de la République du siège.

La mère, aux termes de l'article 377 du Code civil, ne peut agir que par voie de réquisition, et encore dans cette hypothèse, lui faut-il le concours de deux des plus proches parents paternels. Mais si elle est remariée, ce droit bien que restreint, ne lui appartient plus : la loi a peur qu'elle ne se laisse influencer d'une façon fâcheuse par son second mari. Nul doute, à notre avis, que l'article 381 ne s'applique à la lettre, quand la mère agit pendant le mariage, au lieu et place du père incapable d'exercer ses droits de puissance paternelle. Ce point est cependant discuté.

Dans le cas où l'enfant a des biens personnels, où il exerce une profession, la voie de réquisition est seule possible; il suffit du reste de reproduire l'article 382 du Code civil, pour tracer les droits du père dans cette hypothèse, (article 382) : « Lorsque l'enfant aura des biens
« personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention
« ne pourra même au-dessous de seize ans, avoir lieu
« que par voie de réquisition en la forme prescrite par
« l'article 377. L'enfant détenu pourra adresser un mé-
« moire au procureur général près la cour royale. Celui-

« ci se fera rendre compte par le procureur du roi près
« le tribunal de première instance et fera son rapport au
« président de la cour royale, qui après avoir donné
« avis au père et avoir recueilli tous les renseignements,
« pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le
« président du tribunal de première instance. »

La détention ne pourra être encourue que pour un mois au maximum ; le père seul a le droit et la mère avec le concours des deux plus proches parents paternels, d'abréger par le pardon la durée de la détention. Mais, si une nouvelle faute est commise par l'enfant, la même mesure disciplinaire peut être sollicitée à nouveau. Le père ou la mère doivent en toute hypothèse, souscrire à l'obligation de payer les frais dûs pour la nourriture du détenu et consigner la somme nécessaire pour les aliments (article 378).

§ 4. — *Du droit de jouissance légale.*

De la puissance paternelle dérive pour les parents le droit de jouissance légale. C'est un souvenir de l'ancien droit, où l'on rencontrait la garde noble et la garde bourgeoise. L'article 384 définit clairement ce droit : « Le père durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens des enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation, qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans, »

Pendant la durée du mariage, ce droit reçoit rarement une application : il est peu ordinaire qu'un enfant ait des biens personnels du vivant de ses père et mère ; au contraire, cela arrivera fréquemment au cas de précédés de l'un d'eux.

A qui appartient en principe la jouissance légale ? C'est au père, à moins que ne réside en lui une cause d'indignité ou d'incapacité. La règle « *ubi onus, ibi emolumentum* » est suivie dans toute son étendue ; que le père soit déchu par exemple de sa puissance paternelle, ce droit appartiendra à la mère. On a tenté de discuter ce point en interprétant à la lettre le texte de l'article 384, mais on est aujourd'hui d'accord, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pour décider dans ce cas que la mère a ce droit.

Si les deux époux étaient privés concurremment de la puissance paternelle, alors la préférence du sexe, seule, trancherait la question (1). L'époux survivant, incapable ou indigne, quand bien même il ne serait pas nommé tuteur, aurait cependant le profit de cet usufruit, sauf dans le cas de l'article 335 du Code pénal.

Tous les biens de l'enfant sont en principe soumis à cet usufruit, quelle que soit leur nature et quelle que soit également leur origine. Il y a lieu de n'en excepter que les biens acquis par l'enfant dans un travail ou une industrie quelconques et séparés, ou ceux qui lui auront été légués ou donnés sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas (art. 487, C. civ.). On discute sur ce dernier point, si cette dispense pourrait porter sur des biens advenus à l'enfant à titre de réserve légale (2).

Les droits de l'usufruitier légal sont les mêmes que ceux d'un usufruitier ordinaire. On admet cependant que les créanciers ne pourraient saisir cet usufruit, alors même qu'ils offriraient d'en acquitter les charges. Cet usu-

(1) Marcadé, t. 2, p. 185.

(2) Fuzier Hermann, sous l'article 384, n° 14 et suivants, et art. 387.

fruit peut-il être cédé ou hypothéqué ? On adopte en général la négative (1).

Outre les charges communes à tous les usufruitiers, le père usufruitier légal est tenu, aux termes de l'article 385 du Code civil, de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants suivant leur fortune. On pourrait être tenté de croire au premier abord, que la disposition de l'article 385 fait double emploi de celle contenue dans l'article 203. Il n'en est rien : l'obligation de l'article 203 est imposée simultanément aux deux époux ; celle de l'article 385 ne frappe que le bénéficiaire de l'usufruit. La conséquence est, que si le père ne trouve pas dans les revenus des biens, de quoi subvenir aux besoins de l'enfant, l'article 203 recevra son application. Par contre, si ces biens sont suffisants, l'obligation que crée l'article 203 s'évanouira et si le père est usufruitier, la mère sera chargée de l'obligation en apparence solidaire, qui pesait sur elle.

Les intérêts et les arrérages non payés des biens qui arrivent à l'enfant, doivent être soldés par l'usufruitier, ainsi que les frais de dernière maladie et les frais funéraires occasionnés par le *de cuius*, qui a disposé de sa fortune au profit de l'enfant.

Cet usufruit cesse pour différentes causes qu'il suffit d'énumérer : 1° la mort naturelle de l'usufruitier (2) ; 2° la renonciation de l'usufruitier, sauf le droit de la part des créanciers de critiquer cette renonciation ; 3° la déchéance de l'usufruit pour abus de jouissance conformément à l'article 618 (C. c.) ; 4° le remariage de la

(1) Fuzier Hermann, sous l'article 384.

(2) Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile produisait ce même résultat.

mère ; 5° le défaut d'inventaire prévu par l'article 1442 du Code civil ; 6° la condamnation prononcée contre le père ou la mère convaincus d'avoir excité ou favorisé, ou facilité la corruption ou la prostitution de son enfant ; 7° l'émancipation de l'enfant survenue avant 18 ans ; 8° l'âge de dix-huit ans accomplis, de la part de l'enfant ; 9° le divorce prononcé aux torts de l'usufruitier ; 10° la mort du survivant des deux époux.

§ 5. — *Du droit d'administration légale.*

Ce droit forme incontestablement, ainsi que cela a été dit plus haut, un attribut de la puissance paternelle. Si donc le père venait à être incapable, indigne ou déchu de la puissance paternelle, nul doute que l'administration légale ne passât à la mère, qui, en vertu du principe général posé au titre IX de la puissance paternelle, est appelée à en avoir l'exercice à défaut du père.

L'administration légale ressemble à la tutelle : il y a cependant entre ces deux institutions des différences notables. Nous ne trouvons pas en effet, en matière d'administration légale, ni conseil de famille, ni hypothèque légale, ni subrogée-tutelle.

En droit pur, l'administrateur légal n'a que les pouvoirs d'un administrateur ordinaire : il ne peut passer valablement que les actes d'administration. Il lui est interdit de faire des actes de disposition. Le père devra donc être autorisé par la justice, pour les actes que le tuteur autorisé du conseil de famille ne peut passer qu'après homologation du tribunal. Cependant une jurisprudence récente, que nous ne saurions approuver au point de vue des principes, tend à admettre que l'administrateur légal

peut, sans autorisation de justice, vendre des titres de rentes sur l'État et qu'il peut également transiger sur des droits purement mobiliers, sans se conformer à l'article 467 (C. c.) (1).

La condition imposée dans une donation ou un testament aurait-elle le pouvoir d'enlever aux père et mère l'administration légale ? La jurisprudence admet l'affirmative, mais un certain nombre d'auteurs professent la doctrine contraire (2).

L'administration légale prend fin par la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

Les causes qui entraîneraient pour un tuteur l'exclusion ou la destitution de la tutelle ont-elles pour résultat de mettre fin à l'administration légale ? Cette question sera résolue lorsqu'on étudiera les différentes déchéances applicables d'après le Code civil.

Tels sont les attributs de la puissance paternelle *stricto sensu*.

II^e SECTION

DE LA PUISSANCE PATERNELLE « LATO SENSU »

Ici, on envisage les règles générales qui doivent régir tous les rapports entre ascendants et descendants. Il est constant que les attributs que nous venons de décrire, rentrent dans la puissance paternelle *lato sensu*, comme l'espèce dans le genre. Nous n'y reviendrons pas ; quels

(1) En ce sens, jugement du Tribunal civil de la Seine du 27 avril 1882. Sirey 1882, 2. 207. et arrêt de la Cour d'Amiens du 1^{er} mars 1883. Sirey 1884, 2. 41.

(2) En ce sens Nancy, arrêt du 12 novembre 1874, S. 1875, 2. 44 *Contrà*, Marcadé 2^e p., page 185.

sont en dehors de ces derniers, les autres attributs conférés aux parents sur leurs enfants ?

Les parents ont droit au respect de la part de leurs enfants quel que soit l'âge de ceux-ci. C'est la disposition formelle de l'article 371 (C. c.). On a cherché à tirer de cette règle une sanction civile : l'enfant serait notamment incapable d'exercer contre tous ses ascendants la contrainte par corps, ou de demander contre eux des réparations civiles pour un vol commis par eux à son détriment. D'une façon générale, l'action déshonorante ne serait pas ouverte au fils contre ses ascendants. La controverse qui s'est élevée à propos de la contrainte par corps est devenue sans objet aujourd'hui (1). Quant à l'hypothèse de vol, l'article 380 (C. pé.) tranche toute difficulté. Mais ce serait étendre par trop le sens et la portée de l'article 371 que d'en faire la source de toute une série de conséquences juridiques. Cet article n'est pas, à vrai dire, une disposition législative.

L'enfant n'a pas le droit de contracter mariage sans le consentement de ses parents et même quand il peut se passer de consentement, ceux-ci doivent être consultés (art. 140, 148. C. c.); appartiennent également aux père et mère le droit de former opposition à mariage (art. 178), de consentir à une adoption (art. 346, C. c.), d'être tuteur (art. 390 et 402 C. c.), d'émanciper (art. 477 C. c.); au survivant des père et mère le droit de choisir un tuteur testamentaire aux enfants mineurs (art. 397); de consentir à l'engagement volontaire d'un fils (art. 46 de la loi du 29 juillet 1872). et 59 § 6 de la loi du 15 juillet 1889.

(1) Voir à cet égard, loi du 17 avril 1832 art. 17, et loi du 22 juillet 1867, article 15.

Telles sont les principales prérogatives de la puissance paternelle *lato sensu*.

II^e SECTION

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS.

Sur cette matière, nous ne trouvons dans le Code civil qu'un seul texte, l'article 383, ainsi conçu : « les articles 376, 377, 378, 379 sont communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. »

Cette énumération de l'article 383 a donné lieu à beaucoup de critiques et de controverses.

Il est un point unanimement admis : les pères et mères naturels n'ont pas l'usufruit légal, ni le droit d'administration légale. Ont-ils le droit de garde et le droit de correction, qui ne sont que des corollaires du droit d'éducation ? La question est controversée.

CHAPITRE IX

Causes de déchéance de la puissance paternelle sous l'empire du Code civil.

Il ne faut pas s'attendre à trouver dans le Code civil, tel qu'il a été élaboré en 1804, de texte permettant au juge de prononcer par mesure générale la déchéance de la puissance paternelle, dans toutes les hypothèses où les père et mère, par leur inconduite notoire, par leurs vices odieux, par leurs penchants malsains, se rendent indignes de diriger leurs enfants.

Le Code n'a pas conçu de principe général et ce n'est que dans quelques cas particuliers, grâce à l'interprétation, que timidement on a été amené, tant en doctrine qu'en jurisprudence, à admettre certaines causes de déchéance, et encore les déchéances encourues ne sont-elles que partielles.

Le Code pénal rendu exécutoire en 1810, dans son article 335, crée une véritable déchéance de la puissance paternelle.

La déchéance d'un droit est la perte de la jouissance de ce droit, résultant de l'inaccomplissement d'une formalité ou d'une obligation. La perte peut être partielle, soit qu'elle ne s'applique qu'à quelques prérogatives de ce droit, ou totale, soit qu'elle en vise tous les attributs.

Ainsi, conformément à l'article 335 du Code pénal, le père qui a commis sur son enfant un attentat aux mœurs,

est déchu de tous droits de puissance paternelle sur l'enfant victime de cet attentat. La déchéance est ici générale. Si au contraire, on suppose le cas d'un père usufruitier légal, encourant la sanction de l'article 618 du Code civil pour abus de jouissance, on se trouve alors en présence d'une déchéance partielle, parce que le père garde en dehors de cet usufruit légal, les autres avantages de la puissance paternelle. L'idée de déchéance est intimement liée à celle de sanction : c'est la punition d'une faute ou d'un manquement à une obligation. Partant de là, nous ne devons pas considérer comme de véritables causes de déchéance, toutes les hypothèses dans lesquelles il y a extinction de la puissance paternelle, sans qu'il n'y ait de pénalité encourue par les parents ou d'infraction aux obligations que la loi et que la morale leur imposent.

Dans cette classe des causes d'extinction de la puissance paternelle nous rangerons la mort naturelle du père ou de l'enfant, l'émancipation, la majorité (1).

Les causes de déchéance totale ou partielle sont plus nombreuses. Nous en faisons l'étude, dans les neuf sections suivantes que nous avons ainsi intitulées pour obtenir une plus grande clarté :

1° Condamnation encourue par les père et mère par application de l'article 334 du Code pénal.

(1) La tutelle officieuse n'entraîne pas pour les parents la perte complète de la puissance paternelle. Ils gardent ainsi le droit de correction, de consentement à mariage et de jouissance légale.

Ce n'est pas une déchéance, puisque les parents de l'enfant doivent être, d'après l'article 361, C. c., appelés à consentir à donner leur enfant au tuteur. (V. Aubry et Rau, T. 6. — Demolombe, T. 6, p. 234.)

2° Condamnation à la mort civile avant la loi du 31 mai 1854.

3° Condamnation à des peines criminelles.

4° Abus de jouissance du père usufruitier légal.

5° Cas où le survivant des époux n'a pas fait dans le délai légal ou de prorogation qu'il a obtenu, l'inventaire des biens communs prescrits par l'article 1442, C.

6° Convol du survivant des époux.

7° Divorce.

8° Droit des tribunaux de modifier l'exercice de la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant.

9° Appendice spécial à la séparation de corps ou au divorce.

1^{re} SECTION

CONDAMNATION ENCOURUE PAR LES PÈRE ET MÈRE PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 334 DU CODE PÉNAL.

Cet article s'exprime ainsi : « Quiconque aura attenté
« aux mœurs, en excitant, favorisant, ou facilitant habi-
« tuellement la débauche ou la corruption de la jeunesse
« de l'un ou l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-un
« ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à
« deux ans et d'une amende de 50 à 500 francs. Si la
« prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou
« facilitée par leurs père, mère, tuteur ou autres per-
« sonnes chargées de leur surveillance, la peine sera de
« deux à cinq ans d'emprisonnement et de 300 fr. à
« 1,000 fr. d'amende. »

Et l'article 335 § 2 du même Code ajoute une nouvelle

rigueur, pour le cas où les coupables de cet odieux délit seraient les père et mère : « Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil, Liv. I, T. 9 de la puissance paternelle. »

On comprend facilement la pensée qui a inspiré le législateur en 1808, lorsqu'il a songé à punir d'une façon plus rigoureuse d'abord, et en les privant ensuite de tous droits de puissance, les parents dégradés, qui ont corrompu eux-mêmes leurs propres enfants. C'est là un délit tellement odieux, qu'on a peine à penser qu'il puisse se rencontrer dans l'humanité des parents aussi ignobles et aussi immondes. Malheureusement, ces appréhensions ne sont ni vaines ni chimériques, et trop souvent la justice est appelée à frapper de ses rigueurs de tels parents.

Notre loi pénale actuelle est à cet égard trop douce : les peines que l'ancien droit prononçait ont été atténuées ; un grand nombre d'incriminations a disparu, et la loi ne retient plus que quelques infractions rangées dans la catégorie générale des attentats aux mœurs.

L'ancien droit plus rigoriste partait de cette fausse idée que la loi doit corriger les mœurs. Il avait visé tous les actes immoraux, qui avilissent l'homme qui les commet : un seul fait n'était pas poursuivi, la fornication ou simple commerce avec les filles de mauvaises mœurs. Étaient punis d'une façon très rigoureuse, le stupre, le rapt de séduction, l'inceste, la sodomie, la bestialité.

Le but de cette étude ne nous permet pas d'entrer plus avant dans l'examen détaillé de ces diverses infractions. Les peines prononcées étaient sévères ; quelques-unes, comme celle de l'inceste, allaient jusqu'à la peine de mort. Les lois de la période intermédiaire se sont montrées

plus douces, plus humaines et surtout plus sensées : on a senti que la société ne gagnait rien à la recherche de ces actes immoraux ; la poursuite offensait elle-même la pudeur publique ; l'intervention sociale était une source de dangers. Il n'est pas utile, en effet, qu'une société quelle qu'elle soit, sous prétexte de venger la morale, occasionne elle-même un scandale plus grand et plus préjudiciable. Ce que la loi doit punir, ce sont les actes qui tendent à produire une offense directe, un dommage appréciable à autrui (1). Aussi le droit intermédiaire ne considérait-il comme infraction que l'attentat public aux mœurs, la corruption de la jeunesse et le viol.

« Notre Code a porté plus loin sa prévoyance : les faits « qu'il a visés sont : l'outrage public à la pudeur, l'excitation de la jeunesse à la débauche, l'attentat à la pudeur « commis sans violence sur les enfants de moins de 11 ans, « l'attentat à la pudeur tenté ou consommé avec violence, « le viol et enfin l'adultère » (2).

Nous n'entrerons pas dans l'étude détaillée des caractères de l'attentat aux mœurs de l'article 334, ni dans les nombreuses discussions de la jurisprudence qui a varié très souvent dans sa manière d'interpréter cet article. Nous considérons comme constantes ces deux règles, que les derniers arrêts sur la matière ont admises : 1° L'article 334 est applicable lorsque la corruption et la débauche ont été excitées non pas dans l'intérêt de sa propre passion, mais pour satisfaire celle des autres, sauf le cas où l'auteur est lui-même l'intermédiaire de cette corruption ; 2° il faut l'habitude de ces faits, c'est-à-dire une répétition soit dans les actes, soit à l'égard des victimes.

(1) Faustin-Hélie, T. 4, p. 207.

(2) Faustin-Hélie, T. 4, p. 207.

On le voit, ce sont les proxénètes que le Code pénal a voulu viser. L'ancien droit employait pour qualifier ce délit une expression des plus énergiques : « le maquerellage, ou profession de ceux qui aident les personnes à faire péché de leur corps. » Les peines étaient très sévères (1) ; si les coupables sont les père et mère, ils doivent être punis de peines emportant la mort civile, comme les galères ou le bannissement à perpétuité.

D'après le Code pénal, les père et mère sont seulement punis d'un emprisonnement de 2 à 3 ans et d'une amende de 300 fr. à 1,000 fr. ; ils peuvent en outre être déchus de leur puissance paternelle.

C'est réellement trop peu et nous déplorons l'indulgence du Code.

Mais ce n'est pas tout : le Code de 1804 présente sur ce point des défauts d'une gravité extrême. On est en effet d'accord, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pour reconnaître que la perte de la puissance paternelle prononcée par l'article 335 ne s'applique aux père et mère coupables, qu'à l'égard de l'enfant victime de ce trafic. Peut-on concevoir une telle négligence de la part du législateur ? Ainsi, dans une même famille, un père

(1) « La jurisprudence actuelle, dit Merlin (*Rép.*, mot *maquerellage*), est de condamner ceux qui sont coupables de maquerellage simple sans circonstances aggravantes, au fouet, à la marque et au bannissement, après qu'on les a promenés sur un âne, le visage tourné vers la queue, avec un chapeau de paille sur la tête et des écriteaux portant ces mots : maquereau public ou maquerelle publique. C'est ainsi que par arrêt du 7 juillet 1750 le Parlement de Paris a condamné Jeanne Moiron veuve Le Sur à être promenée sur un âne, le visage tourné vers la queue, avec un chapeau de paille sur la tête et des écriteaux devant et derrière portant ces mots : « maquerelle publique », ensuite à être fouettée, flétrie et bannie pour cinq ans. »

infâme va être privé à l'égard d'un de ses enfants, de ses droits et avantages et il gardera de par la loi, le droit de diriger l'éducation des autres, qui n'auront pas encore été les malheureuses victimes de sa lubricité. Il y a là quelque chose d'étrange et d'inexplicable. Quelle confiance peut-on avoir dans un père qui a souillé ce qu'il avait de plus cher et en a trafiqué ? Certains auteurs, Taulier, Duranton, Marcadé ont cherché à combler cette lacune et ont déclaré que le père était déchu de ses droits à l'égard de tous ses enfants (1). Mais c'était faire la loi et pour nous cette interprétation était illégale. La loi de 1889 a fait cesser cette anomalie.

Le Code de 1810 présentait une autre *inelegantia juris* non moins grave. L'article 334 ne prévoit qu'un attentat aux mœurs, spécialement déterminé et dont les caractères juridiques viennent d'être indiqués. Or, il est de principe, que les sanctions soit civiles soit pénales, ne peuvent être prononcées qu'en présence d'un texte formel ne laissant aucun doute. Ainsi, les crimes odieux de viol, d'attentat à la pudeur, commis par un père sur ses enfants, ne rentraient ni par leur nature, ni par leur qualification juridique dans l'hypothèse de l'article 334. On ne pouvait donc avant la loi de 1889, enlever la puissance paternelle au père reconnu coupable par le jury de viol ou d'attentat à la pudeur sur la personne de son enfant. La loi était ainsi illogique, puisqu'elle permettait de prononcer cette déchéance en présence d'un simple délit, moins grave évidemment que ces deux crimes.

Peut-on donner de cette bizarrerie juridique une raison valable ? Peut-être dira-t-on qu'à la suite de la déclara-

(1) Duranton III. 384. — Taulier I, p. 392 et 393. — Marcadé I, p. 386 et 384.

tion de culpabilité du jury, la Cour devra fatalement prononcer une peine qui, à l'égard du père ou de la mère entraînera au minimum la réclusion ? (Art. 334 et 463 C. pén. combinés.) Mais d'après l'art. 29 du C. pén., tout individu frappé d'une peine de ce genre est de plein droit sous le coup d'interdiction légale pendant la durée de sa peine. Il est donc impossible en fait au père d'exercer ses droits de puissance paternelle ; mais il est certain qu'à l'expiration de sa peine, il recouvrera son autorité, et pourra légalement en exercer les attributs sur les enfants non majeurs encore ou sur ceux qui pourront survenir. Or, la déchéance encourue par application de l'article 335 dure toujours. La loi du 24 juillet 1889 est venue corriger cette défectuosité.

Quelle est la portée de la déchéance prononcée par application de l'article 335 du Code pénal ? C'est une déchéance absolue en ce sens qu'elle emporte la perte de tous les attributs de la puissance paternelle. Par l'arrêt ou le jugement qui la prononce, le père se voit privé du droit de garde, d'éducation, de correction, de jouissance légale et d'administration, sur la personne et les biens de l'enfant victime.

Est-il nécessaire que cette déchéance soit prononcée par le jugement qui emporte condamnation ? M. Demolombe ne le pense pas ; elle est, dit-il, la conséquence légale et l'accessoire tacite de la peine principale (1). En 1883, lors de la discussion au Sénat de la proposition de

(1) Demolombe, t. 6, § 360. — T. 1, § 190 et 191. — Carnot, *Commentaire du Code pénal*, sous l'article 335, n° 3. — Blanche, n° 168, p. 208. — Chauveau et Faustin-Hélie, n° 1556, p. 285. — *J. O.* 1883, Sénat, D. Parlem., p. 572.

M. Th. Roussel, un sénateur, M. de Gavardie, soutint que la déchéance prononcée par l'article 335 du Code pénal, devait être édictée par le jugement de condamnation, pour être encourue. La loi, dit-on dans ce système, fait une obligation à la juridiction répressive de prononcer la déchéance, lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse de l'article 335. Mais si le juge ne le fait pas, quelle est la conséquence de son oubli ? La déchéance ne frappera pas le père, car ce n'est pas une déchéance *de plano*. Cette interprétation, au point de vue du texte, est irréprochable. On a même soutenu que l'article 335 devait être appliqué d'une façon essentiellement restrictive et que les attributs conférés au titre 9 de la puissance paternelle auquel il renvoie, devaient être seuls enlevés au père coupable (1).

Nous ne nous dissimulons pas l'importance de l'argument de texte, mais nous n'hésitons pas à dire cependant que cette déchéance embrassera tous les droits de la puissance paternelle *lato sensu*.

Eu conséquence, nous refuserons au père déchu le droit d'émanciper, le droit de donner son consentement ou son conseil au mariage ou à l'adoption de son enfant. Ce qui nous engage à adopter cette solution, c'est que le droit d'administration légale, que personne n'a jamais songé à contester à ce père, est au titre X de la tutelle et non au titre IX de la puissance paternelle. On peut donc appliquer par analogie le même raisonnement aux autres droits : il n'y a pas de raison de distinguer. Au surplus, nous avons au début de l'étude de la puissance paternelle d'après le Code civil, pris soin d'indiquer les deux accep-

(1) Valette est en ce sens.

tions de ce mot. Le titre 9 vise purement et simplement la puissance paternelle *stricto sensu*. Il forme le siège de la matière. Or, en 1810, à quel titre devait-on renvoyer dans l'article 335 ? Évidemment aux articles 371 et suivants du Code civil, car on conçoit facilement qu'on ne pouvait, dans un texte de loi pénale, énumérer tous les différents titres et articles, dont l'ensemble forme la puissance paternelle *lato sensu*.

Sous la réserve que nous avons faite, concernant les sujets passifs du droit, nous pouvons dire que la déchéance édictée par l'article 335 P. est générale et absolue. Elle est du reste la seule jusqu'à la loi du 7 décembre 1874.

II. SECTION

CONDAMNATION A LA MORT CIVILE AVANT LA LOI DU 31 MAI 1854.

L'étude de cette cause d'extinction n'a qu'un intérêt purement historique. Ce n'est au surplus qu'accessoirement, que le condamné se trouve privé de tous ses droits sur ses enfants. Elle était encourue à la suite d'une condamnation à mort ou aux travaux forcés à perpétuité, ou à la déportation (art. 18 du C. p.)

C'était une fiction horrible, comme le dit Laurent, qui avait pour résultat d'assimiler le condamné à une personne morte. Le mort civil ne gardait que les droits nécessaires à la continuation de son existence physique : la privation de droits était perpétuelle ; elle subsistait après la grâce ou la prescription de la peine.

La déchéance de la puissance paternelle, bien qu'ab-

solue dans ses effets, n'était ici que l'accessoire d'une peine, qui, en fait, mettait le condamné dans l'impossibilité matérielle d'exercer ses droits sur la personne ou les biens de ses enfants.

III. SECTION

CONDAMNATION A DES PEINES CRIMINELLES.

Il faut distinguer suivant que la peine est temporaire ou perpétuelle.

A) *La peine est temporaire.*

Dans cette classe rentrent les peines suivantes : les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement. Toutes ces peines emportent comme accessoire la dégradation civique du condamné (art. 29 du C. p.). L'article 34 du même Code énumère tous les droits qu'enlève à la personne la dégradation civique.

Cette peine peut être prononcée principalement : elle enlève la jouissance des droits contenus audit article. Le juge ne peut pas restreindre son champ d'application. Cette peine est indivisible et entraîne en conséquence chaque fois qu'elle est prononcée, tout ce cortège d'incapacités. Mais elle n'amène pas par elle-même la déchéance de la puissance paternelle.

Quand elle est encourue comme accessoire d'une peine temporaire, ses effets sont identiques. Mais, on le voit, en lisant attentivement l'article 34 (C. p.), certains droits ne sont pas enlevés aux condamnés et notamment ses droits de puissance paternelle. En effet, l'article 34, § 4, est ainsi conçu :

..... « Dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil
« de famille et d'être tuteur, curateur, subrogé-tuteur,
« ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants,
« et sur l'avis conforme de la famille. »

Subsistent donc au profit du père tous les droits non désignés dans le texte de la loi. On ne saurait en effet étendre par interprétation ou analogie une disposition pénale.

La dégradation civique est encourue du jour où la condamnation est devenue irrévocable, si elle est contradictoire, et en cas de condamnation par contumace, du jour de l'exécution par effigie. Le condamné perd non seulement l'exercice mais encore la jouissance des droits civils et politiques énumérés dans l'article 34. L'interdiction légale ne produit pas cet effet radical.

Celle-ci est le complément de la dégradation civique ; elle est de droit pour toutes les peines criminelles temporaires, sauf le bannissement. L'interdiction rend impossible pendant la durée de la peine l'exercice des droits dont le condamné a gardé la jouissance. Que le condamné ait fini sa peine ou qu'il l'ait prescrite, et les droits de cette catégorie reparaissent en lui.

B) *La peine est perpétuelle.*

Ce sont les condamnations qui avant la loi du 31 mai 1854 emportaient mort civile. En ce qui concerne les droits de puissance paternelle qui doivent seuls nous intéresser, la situation est la même, puisque la peine perpétuelle emporte également dégradation civique et interdiction légale. Les rigueurs qui la différencient de la peine temporaire, ne portent que sur les incapacités de donner ou de recevoir.

Nous ne sommes pas en présence d'une véritable déchéance de la puissance paternelle ; la privation du droit n'a trait qu'à l'exercice et non à la jouissance ; elle ne dure en principe que jusqu'à l'expiration de la peine. Elle n'est pas absolue dans tous ses effets.

Cette déchéance n'est au fond que le résultat d'une impossibilité de fait qui existe entre la situation du condamné et l'exercice de ses droits (1).

IV. SECTION

ABUS DE JOUISSANCE DU PÈRE USUFRUITIER LÉGAL.

C'est le droit commun, qui s'applique ici. Si les pères et mères, qui ont l'usufruit des biens de leurs enfants conformément à la loi, commettent des abus de jouissance, les tribunaux sont en droit de les déclarer déchus de ce droit de jouissance légale (art. 618, C. c.).

(1) Aux termes de l'article 489 du Code civil, tout majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides. L'interdiction a pour effet de rendre l'interdit incapable de gouverner lui-même sa propre personne et ses biens. Elle donne ouverture à la tutelle. En conséquence, l'interdit n'a plus l'exercice de ses droits de puissance paternelle sur ses enfants, puisqu'une impossibilité légale y met obstacle. La jouissance du droit n'est pas atteinte : l'exercice seul en est empêché en raison de cet obstacle momentané. Si l'interdiction vient à cesser, de plein droit l'interdit reprendra ses droits de puissance sur ses enfants.

Nous pouvons en dire de même de l'absence, qui se rattache également à cette idée d'impossibilité matérielle, qui fait que l'exercice de ces droits se trouve suspendu dans la personne de celui qui en est titulaire. (Aubry et Rau, page 93, notes 39 et 40 ; page 83.)

Mais cet usufruit n'est concédé qu'à certaines conditions prévues explicitement dans l'art. 385 (C. c.). Les tribunaux auraient-ils le droit, si les parents ne remplissaient pas les obligations qui leur sont imposées, de prononcer la déchéance de l'usufruit légal, par analogie avec l'hypothèse de l'article 618 ?

Nous ne le pensons pas quant à nous, car aucun texte ne le permet. Et en matière de déchéance il est de principe qu'on ne peut en admettre sans aucun texte formel : *pœnaliam non sunt extendenda*, dit l'adage.

Evidemment les tribunaux auraient le droit et même le devoir de prendre telles mesures qu'ils jugeraient convenables dans l'intérêt des enfants. La jouissance du droit serait incontestablement maintenue, l'exercice seul s'en trouverait modifié (1).

Quel est le caractère de la déchéance encourue pour abus de jouissance ? Elle n'est que partielle et ne vise qu'un seul des attributs de la puissance paternelle. Le père garde intacts tous les autres : il aura même encore, ce qui est plus grave, le droit d'administration légale, puisqu'entre elle et l'usufruit légal, il n'y a aucune corrélation. A cet égard on peut déplorer ce résultat. Comment, en effet, admettre qu'un père puisse administrer convenablement et loyalement les biens de son fils mineur, lorsque sur ces mêmes biens dont il a la jouissance, il s'est livré à des déprédations, ou à des actes de nature à ruiner le fonds ou à en compromettre la valeur.

(1) Dans notre sens : Demolombe, 6^e v., § 599 et 600 ; — Besançon, 1^{er} août 1884, Sirey, 1846, 2^e p., 176. — Aubry et Rau, 6^e vol., § 550. — *Contra* : 29 août 1825, Sirey 1826, 2. 44. — Paris, 4 février 1832, S. 1832, 2. 232.

V^e SECTION

CAS OÙ LE SURVIVANT DES ÉPOUX N'A PAS FAIT DANS
LE DÉLAI LÉGAL OÙ DE PROROGATION QU'IL A OBTENU,
L'INVENTAIRE DES BIENS COMMUNS PRESCRIT PAR
L'ARTICLE 1442, C. C.

A titre de peine, l'époux survivant, qui n'a pas satisfait aux conditions de l'art. 1442 (C. c.), perd la jouissance légale des biens des enfants mineurs et devient personnellement responsable à leur égard des fruits et des intérêts produits par ces biens. Cette déchéance ne vise que le défaut d'inventaire des biens communs ; elle est complètement étrangère aux biens qui seraient advenus aux enfants pendant la durée du mariage ; mais elle s'applique à tous les biens des enfants, propres ou communs, qui leur arrivent à raison du prédécès de l'un des époux (1).

L'article 1442 devrait s'appliquer dans le cas où l'inventaire dressé après décès, bien que confectionné dans les délais voulus, présenterait des omissions, des fraudes, des irrégularités telles qu'on ne pourrait à vrai dire le considérer comme inventaire. Ce serait un acte informe sans aucune valeur, et l'article 1442 reprendrait son empire (2).

C'est une véritable déchéance ; elle est la peine de l'inaccomplissement d'une formalité prescrite dans l'intérêt des mineurs. Mais seul le droit d'usufruit légal disparaît : les autres subsistent dans toute leur intégrité.

D'après un arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} juillet

(1) Marcadé, t. 2, p. 179.

(2) Aubry et Rau, t. 5, p. 385, § 515 ; Demolombe, t. 6, § 567 à 570.

1828 (1), cette déchéance serait facultative pour le juge, qui, en fait, aurait le droit de rechercher si cette omission n'est pas le résultat d'une erreur excusable.

VI^e SECTION

CONVOL DU SURVIVANT DES ÉPOUX.

Dans cette hypothèse, la loi a montré beaucoup de prévoyance et de sagesse en modifiant les droits de puissance paternelle.

Quelle en est la raison ? Si le père par exemple vient à se remarier, il introduit dans la famille une femme, qui n'aura aucun lien avec les enfants du premier lit. Il se peut que cette mère nouvelle donnée à ces enfants se montre digne de ce nom et les entoure de soins affectueux. Mais il se peut aussi, et cela arrive malheureusement trop souvent, que cette femme sous l'empire d'un sentiment d'égoïsme, se soucie peu de ces derniers et qu'elle ne soit trop souvent disposée à les frapper ou à les maltraiter. Si de ce second lit naissent des enfants, cette femme devient dans un grand nombre de cas, une véritable marâtre dans toute l'acception odieuse du mot. Que peut le père dans cette situation ? Soit que ses occupations le retiennent au dehors, soit qu'il ne puisse pas se rendre un compte suffisamment exact des tiraillements de la famille, soit même qu'il soit dominé par cette femme, il n'interviendra pas d'une façon active pour réprimer les abus.

La loi a décidé qu'il ne pourra faire détenir son

1. S. 1828, t. 386.

enfant âgé de moins de 16 ans, que par voie de réquisition (article 380).

Cette restriction est en pratique illusoire et pour notre part, nous déplorons que la loi n'ait pas été plus loin, et n'ait pas notamment restreint l'usufruit du père. En effet, il arrivera fatalement que les revenus des biens des enfants du premier lit, serviront à nourrir et à entretenir les enfants du second lit. C'est là une situation anormale, qui n'est pas faite pour ramener la concorde dans le sein des familles de ce genre : c'est là l'origine de l'antipathie, pour ne pas dire de la haine, qui ira grandissant entre les enfants des deux lits.

Si la mère convole en secondes noces, elle perd son droit de correction sur les enfants du premier lit. (Argument de l'art. 377.) Elle perd le droit de jouissance légale (art. 386). Quant au droit d'administration, il disparaît par la dissolution même du mariage.

Notre ancien droit s'était montré beaucoup plus logique en n'établissant aucune différence entre le père et la mère relativement à la jouissance légale. Pourquoi ne l'enlever qu'à la mère, comme le fait le Code civil ? Il est vrai, que celle-ci passe sous la domination d'un nouveau mari et qu'il y a tout lieu de craindre, que les revenus des enfants du premier lit ne soient utilisés au profit du nouveau ménage. La même crainte n'est-elle pas fondée, quand c'est le père qui se remarie ? Peut-on admettre comme sérieuse l'explication qu'on a donnée lors de la confection du Code civil, et dire que le père remarié garde dans la nouvelle famille une situation indépendante telle, qu'il peut faire la part des choses et éviter de se laisser aller à des excès ? Nous ne le pensons pas : l'union des époux se base sur des concessions réciproques. Si en droit le mari est le chef de la famille, en fait il arrive

constamment que cette autorité ne s'exerce que d'une façon bienveillante, à tel point que souvent on ne la sent pas : le père lui-même abandonne volontairement l'éducation et l'entretien de ses enfants à la marâtre, appelée de préférence par la nature à donner cette sorte de soins.

Les auteurs qualifient ordinairement ces deux cas « de déchéance au cas de convol de l'un ou l'autre époux. » Cette expression de déchéance est ici contestable : d'après la notion que nous avons donnée de la déchéance, nous hésitons à classer ces deux hypothèses dans les causes de déchéance partielle de la puissance paternelle.

En effet, y a-t-il là une peine véritable prononcée par la loi ? Si oui, la loi serait en contradiction flagrante avec elle-même, puisque les seconds mariages sont absolument légaux : le remariage est l'exercice d'un droit. Or, d'après nous l'idée de déchéance est intimement liée à celle de sanction. Conçoit-on dès lors une sanction apposée à l'exercice normal et légal d'un droit ?

VII. SECTION.

DIVORCE.

L'article 386 décide que l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé sera privé de ses droits de jouissance légale.

C'est une déchéance partielle. Nous ne nous arrêterons pas plus longtemps sur ce point, devant y revenir plus loin.

La séparation de corps ne produit pas cet effet ; la lettre de l'article 386 ne permet pas de faire cette extension (1).

(1) Aubry et Rau, t. 6, p. 93, § 77.

VIII^e SECTION.

LES TRIBUNAUX PEUVENT-ILS PAR MESURE GÉNÉRALE, LORSQUE LES CIRCONSTANCES L'EXIGENT, MODIFIER OU LIMITER L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE, DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT.

Faisons cette observation préliminaire, que la discussion qui va suivre concerne l'état de choses antérieur à la loi de 1889.

Les tribunaux ne peuvent pas en principe, quelles que soient les circonstances, prononcer contre les parents une déchéance complète de la puissance paternelle, sauf dans les cas de l'article 335 du Code pénal et de l'article 3 de la loi du 7 décembre 1874.

Ce qu'il s'agit d'examiner maintenant, c'est la question de savoir si l'on doit accorder aux tribunaux le droit de restreindre ou de modifier cette puissance paternelle, hors les cas prévus par la loi ? Doit-on décider au contraire, que les tribunaux sont obligés, malgré l'utilité que peuvent présenter de telles mesures, de maintenir cette puissance paternelle dans toute sa plénitude et son intégrité ?

Tel père par exemple ne donne pas à ses enfants une éducation en rapport avec leur situation pécuniaire, tel autre père se livre à la plus noire débauche, tel père encore martyrise et brutalise ses propres enfants ou s'adonne complètement à l'ivrognerie : la loi doit-elle rester désarmée ? L'ordre public, l'intérêt de l'enfant doivent-ils rester sans secours ? N'appartient-il pas à la justice d'arracher ces êtres sans défense au milieu malsain dans lequel ils vivent ?

Il faut évidemment tenir compte de l'esprit, de la tendance et du but de la loi pour ne pas rester enchaîné d'une façon déraisonnable à son texte. La puissance paternelle en France est surtout instituée dans l'intérêt de l'enfant et de la société. Ne convient-il donc pas, que certaines personnes se prévalant de cet intérêt sacré de l'enfance, sollicitent des tribunaux des mesures de précaution ; la société elle-même, qui y est intéressée au dernier chef, doit avoir le droit d'agir, en présence de situations si pénibles.

La doctrine et la jurisprudence ont reconnu que, sans avoir le droit de prononcer de déchéance complète contre les parents, les tribunaux peuvent, s'inspirant des intérêts de l'enfant, modifier ou restreindre l'exercice de la puissance paternelle. On peut à cet égard poser deux règles : par mesure préventive les tribunaux ne peuvent pas, si indignes que soient les parents, les priver de leur puissance paternelle. Ils n'ont ce droit que lorsque l'enfant est menacé. En second lieu, la déchéance prononcée en justice ne doit porter que sur celui des attributs de la puissance paternelle qui occasionne l'abus : les autres doivent rester intacts.

Un auteur a enseigné « que lorsque le père est indigne de la tutelle, il est légalement indigne de la puissance paternelle, et qu'il ne doit en conserver aucune sorte de droits ou de bénéfices » (1). Cette doctrine est exagérée et antijuridique : elle n'a pas été suivie.

Quelles sont les hypothèses dans lesquelles les tribunaux sont appelés à exercer leur influence protectrice sur l'enfance et quelle est la base juridique de ce pouvoir qu'on leur reconnaît ?

(1) Vazeille, *Traité du mariage*, t. 2, p. 431.

Demolombe a parfaitement indiqué à notre avis, quelles étaient les raisons puissantes qui militaient en faveur de ce droit, et cependant l'éminent jurisconsulte ne s'était pas dissimulé la difficulté de cette justification en l'absence de texte de loi.

« Il faut venir au secours de l'enfant : la raison, la morale, l'humanité même l'exigent, dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public.

« Mais il n'y a pas de texte?... comment faire ?

« Nous ferons comme nous pourrons ! mais il faut absolument, je le répète, que nous en venions là ! Et Dieu merci ! les moyens d'y arriver logiquement, juridiquement ne nous manquent pas » (1).

Ces moyens, Demolombe les a tirés, soit des principes généraux du droit, soit de la nature même de l'institution de la puissance paternelle.

Dans l'ancien droit, on avait reconnu aux juges le droit de surveiller et de contrôler cette magistrature domestique. « *Judicia vestra judicabo* » (2), disait l'avocat général Talon, lors d'un arrêt du Parlement de Paris, rendu conformément à ses conclusions, le 25 mai 1680.

L'argument historique a dans une matière toute de tradition une importance énorme.

Les rédacteurs du Code avaient même songé un instant à édicter un texte spécial à ce sujet. La question fut ajournée, mais elle ne fut pas reprise. Nous en ignorons le motif (3).

L'institution elle-même fournit un argument puissant ;

(1) Demolombe, t. 6.

(2) Merlin, *Rép.*, mot *puissance paternelle*, p. 345.

(3) Loqué, T. 7, p. 11.

il ne faut pas que toute de protection et de bonté, elle puisse devenir entre les mains des parents un instrument de tyrannie.

On tire un argument *a fortiori* de l'article 444 C. qui permet de prononcer la destitution du tuteur pour inconduite notoire, ou au cas de gestion dénotant l'incapacité ou l'infidélité. Ne doit-il pas en être de même *a fortiori* pour le père investi de l'autorité paternelle ?

Le principe admis, reste à voir l'application qui en a été faite.

I a.) *Droits de garde et d'éducation.*

Si les père et mère, quoique non séparés de corps par décision de justice, vivent à part, sans aucune fréquentation, les tribunaux peuvent enlever au père qui méprise ses devoirs la garde et l'éducation de ses enfants pour les confier à la mère. Mais au cas où cette dernière reviendrait au foyer de son mari, elle ne pourrait plus profiter de ces avantages, qui devraient dès lors être attribués soit à un parent soit à un ascendant, soit enfin à une maison d'éducation. La conséquence de la solution que nous adoptons, est facile à saisir : nous accordons également aux tribunaux le droit d'examiner en fait, sur la demande qui leur sera soumise, si les parents donnent à l'enfant une éducation en rapport avec leur situation sociale. Cette question a été discutée lors de la confection du Code civil et renvoyée aux questions de détail (1).

Au cas de mort de l'un des époux, l'autorité paternelle va se fixer en principe sur la tête du survivant ainsi que

(1) Locré, T. 7, p. 20.

la tutelle. Il ne faut pas confondre les pouvoirs dérivant de la puissance paternelle avec ceux que donne la tutelle : *aliud est tutela, aliud est educatio* (1). Si les deux droits appartiennent à la même personne, aucune difficulté ; mais il n'en est pas de même si le survivant est gardien et si le tuteur est un étranger. Cela arrivera si la mère refuse la tutelle ou si elle est exclue, pour avoir contrevenu à l'article 395 (C.)

Comment régler le conflit de ces droits ? La garde appartiendra au survivant et non au tuteur. La protection sera facile contre tous les abus de la puissance paternelle, par l'intervention du conseil de famille et du subrogé-tuteur ou du tuteur.

Si une destitution de la tutelle est encourue par application de l'article 444 (C. c.), nous estimons que la garde sera enlevée au survivant en même temps que la tutelle (2). Le contraire ne s'expliquerait pas.

Au cas de remariage, les tribunaux devront se montrer plus circonspects et cette circonstance permettra le plus souvent d'ordonner certaines mesures particulières dans l'intérêt de l'enfant ; leur pouvoir est discrétionnaire ; ils s'inspireront surtout des circonstances. La jurisprudence est en ce sens : les arrêts sur cette matière sont quelquefois contradictoires, ce qui s'explique par cette considération que ce sont des arrêts d'espèce. Les tribunaux devront surtout suivre les avis du conseil de famille mieux placé pour apprécier ces questions d'ordre absolument intime.

(1) Demolombe, T. 6, p. 306.

(2) En ce sens : Cassation, 3 mars 1856, S., 1856, 1. 408. — Cassation, 19 mars 1854, S. 1854, 1. 713.

Quelles personnes peuvent prendre l'initiative de ces mesures ? Il semble au premier abord, étant donné ce caractère d'utilité sociale que nous avons reconnu à la puissance paternelle, que le ministère public a le pouvoir d'agir et de prendre l'initiative.

Marcadé lui reconnaît ce droit ; Demolombe semble l'admettre, mais pas formellement (1).

Nous hésitons quant à nous à accepter cette proposition, car les cas dans lesquels le ministère public agit d'office sont nettement déterminés et en dehors de ces cas, il ne peut être que partie jointe au procès. Or, tout le monde reconnaît que, nulle part, on n'a confié cette prérogative au ministère public. Nous préférons donc le moyen indirect que donne Demolombe : le ministère public appellera l'attention du juge de paix, qui pourra alors requérir la convocation du conseil de famille.

Le tuteur, s'il n'est pas gardien, le subrogé-tuteur, le conseil de famille ou un membre quelconque de ce conseil pourront s'élever contre les abus. Si les parents vivent encore tous deux, la famille et la mère auront le droit de former une plainte contre les abus d'autorité du père. L'enfant pourra provoquer l'intervention du juge de paix du canton.

B) Droits de correction, d'émancipation et de consentement à mariage ou à adoption

Le droit de correction s'exerce soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition. Dans cette dernière hypothèse, l'enfant se trouve protégé par la loi elle-même contre tout abus. Le président appelé à donner l'ordre d'arrestation le refusera net.

(1) Marcadé, pages 163 et 165, T. 2. — Demolombe, T. 6, page 313.

Si le père agit par voie d'autorité, nous avons établi plus haut que le président n'a pas qualité pour apprécier les motifs de la conduite du père. Comment alors éviter tout excès ? Demolombe enseigne qu'il faut distinguer selon que le droit de garde a été enlevé aux parents ou selon qu'ils en sont encore investis. Dans le premier cas, la corrélation qui existe entre le droit de garde et le droit de correction permettra au juge de s'opposer à l'arrestation de l'enfant, lorsqu'elle sera vexatoire et arbitraire. En effet la perte du droit de garde sans entraîner celle du droit de correction produit cependant ce résultat qu'elle rend ce dernier inutile dans les mains du père : n'est-il pas en effet le moyen de répression contre les écarts de conduite du fils. Or le père qui n'a plus la garde, ne peut avoir logiquement l'occasion de se plaindre de fautes commises par son enfant.

Dans le second cas, au contraire, le juge sera désarmé et rien ne pourra s'opposer à ce qu'un abus révoltant se commette de la part des parents. C'est là un résultat évidemment très regrettable.

La jurisprudence semble admettre que le droit d'émancipation pourra être atténué au cas d'abus. En ce sens, Tribunal civil de la Seine, 6 mars 1862. S. 1862, 2, 394. Cass. 15 mars 1864. S. 1864, 1, 155. C. 4 avril 1865. S. 1865, 1, 257.

Nous donnerons une solution contraire pour le cas où les père et mère, sans motif plausible, s'opposeraient au mariage ou à l'adoption de leurs enfants.

IX. SECTION

APPENDICE SPÉCIAL A LA SÉPARATION DE CORPS ET AU DIVORCE. MODIFICATIONS AUX DROITS DE PUISSANCE PATERNELLE, APPORTÉES PAR LE JUGEMENT OU L'ARRÊT QUI LES PRONONCE.

L'article 386 décide que la jouissance légale n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé.

Quels sont les changements qui peuvent être apportés au cas de divorce ou de séparation à l'égard de la personne des enfants ?

1° *Séparation de corps*

Les modifications sont de deux sortes : les unes sont provisoires et concordent avec l'introduction de l'instance en séparation de corps, les autres tendent à devenir définitives. Elles interviennent à la solution du procès.

L'époux demandeur en séparation de corps peut provoquer un certain nombre de mesures provisoires. Cette disposition est surtout écrite dans l'intérêt de la femme, dont la situation dans la famille au point de vue du droit est inférieure à celle du mari. Outre les mesures d'un caractère pécuniaire que la femme peut requérir, la loi l'autorise à solliciter certaines précautions en ce qui concerne la personne des enfants.

L'époux demandeur réclamera le plus souvent au président la garde des enfants. Ce magistrat rend à cet effet une ordonnance exécutoire par provision. Lorsque le

tribunal est saisi, il peut ou maintenir les mesures prescrites ou les modifier.

Nul doute que le nouvel article 238 (C. c.), bien que spécial au divorce, ne trouve son application en matière de séparation de corps. Il est de principe que toutes les dispositions de loi concernant le divorce et qui ne sont pas en opposition directe, soit par leur esprit, soit par leur nature, avec la séparation de corps, doivent être suivies. Cependant l'article 878 du Code de procédure civile spécial à la marche de l'instance en séparation, ne parle pas dans les mesures provisoires qu'il permet de requérir du président, de la garde des enfants. Cet obstacle ne doit pas nous arrêter, car on a toujours admis même avant la loi de 1884, que l'époux demandeur pouvait lors de la première requête présentée, obtenir la garde des enfants.

Le président pourra donc, suivant nous, lors de cette première requête afin de citation en conciliation, rendre une ordonnance aux termes de laquelle la garde appartiendra provisoirement à l'époux requérant (1).

Evidemment cette décision sera susceptible de rétractation et de modifications.

Ce qui nous permet de dire, que le président a ce pouvoir, bien qu'au premier abord l'interprétation littérale du texte s'y oppose, c'est la pensée qui a dominé tous les travaux de la loi de 1884. On a, à maintes reprises, déclaré que la législation de la séparation de corps ne pouvant se suffire à elle-même, devait être complétée par celle du divorce. C'est donc une consécration législative qui a été donnée au système.

(1) De Belleyme, *Ordonnances sur référés*, t. 1, p. 64. — Demolombe, t. 1, *séparation de corps*, page 561, paraît être en sens contraire.

Lorsque la femme est demanderesse, y a-t-il au point de vue qui nous occupe, une déchéance partielle prononcée contre le père ? Oui, évidemment, puisque c'est sur le vu des faits allégués dans la requête contre le mari, que le magistrat s'inspirant du plus grand intérêt des enfants, les enlève au père par dérogation à l'article 373 C.

Si la femme est défenderesse, elle peut réclamer la garde des enfants lorsque par exemple, elle invoque reconventionnellement, lors de la tentative de conciliation, des faits graves à la charge du mari.

Seul le droit de garde sera atténué chez le père, dans l'hypothèse où la mère obtient les enfants ; tous les autres droits sont intacts.

La déchéance ainsi prononcée n'est que partielle ; elle n'est au surplus que provisoire et ne préjuge rien du fond.

Raisonnons maintenant pour le cas où le jugement définitif est prononcé.

Nous n'avons aucun texte spécial à la séparation de corps. Force nous est de recourir au titre du divorce. L'article 302 nouveau (C. c.) nous servira de guide. La jurisprudence est en ce sens (1).

Une grande différence d'interprétation s'est produite dans la doctrine, à ce sujet. Certains auteurs prétendent qu'on ne doit appliquer à la séparation de corps que les dispositions finales de l'article 302, d'autres soutiennent au contraire que tout l'article est à suivre.

Exposons en quelques lignes la controverse. La difficulté est celle-ci : l'intérêt des enfants n'est pas en jeu ;

(1) Cass., 23 juin 1841. — Cass., 17 juin 1845,

la famille et le ministère public n'ont pas cru devoir se prévaloir de la prérogative que leur accorde l'article 302 *in fine*. Dans cette situation le tribunal doit-il forcément décider, que les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu la séparation, à la femme par exemple ?

Zachariæ, Aubry et Rau déclarent que l'article 302, 1^{re} partie, ne lie pas le tribunal ; le père contre lequel la séparation a été prononcée, n'est pas privé forcément de partie de ses droits ; mais, il appartient aux Tribunaux d'apprécier en fait, bien qu'ils ne soient saisis ni par la famille ni par le ministère public, s'ils ne doivent pas confier la garde à la mère ou à une tierce personne (1).

Demante et M. Colmet de Santerre vont plus loin : en principe l'autorité appartient toujours au père ; les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire dans l'application des articles 301 et 302 (2). Marcadé est en ce sens (3).

Ces auteurs prétendent ainsi que l'article 302 dans sa première partie déroge à l'article 373. En conséquence, ils rejettent l'application de cette partie de l'article, puisqu'il n'y a aucun texte de la séparation autorisant cette dérogation au droit commun. Mais cet argument est une arme à deux tranchants. La seconde partie de l'article ne déroge-t-elle pas également au droit commun et cependant ces auteurs malgré l'absence de texte n'hésitent pas à l'appliquer. A quelle limite s'arrêter dans les emprunts ? Il faut accepter l'article dans son entier ou le rejeter complètement, ce que personne ne propose.

(1) Aubry et Rau, T. 4, p. 175.

(2) Demante.

(3) Marcadé, T. 1, p. 594.

Nous préférons donc le système de la Cour de cassation qui a reçu en 1884 et en 1886, une véritable consécration législative. L'article 302 tout entier doit être suivi en matière de séparation de corps (1).

C'est là incontestablement une déchéance. Le père par la privation des droits que la justice édicte, subit ainsi la peine de son inconduite, de son immoralité ou de sa brutalité. Le tribunal lui retire la confiance que la loi lui avait accordée. C'est également la peine de ce trouble qu'il a jeté dans la famille, qui va se trouver désormais divisée en deux tronçons. Là doivent aller les enfants, où les garanties de moralité et de conduite sont les plus sérieuses.

Cette déchéance n'est que partielle. Le père aura le droit de surveiller l'éducation des enfants et au besoin de recourir aux Tribunaux, s'il y a abus de la part de la mère. En lui réside le droit de correction, avec cette réserve qu'il ne faut pas que ce droit soit un moyen de tracasserie et vienne faire échec au droit de garde de la mère. Il en sera de même du droit de consentement à mariage, à adoption ou à émancipation.

2° Séparation de corps.

Les explications seront très brèves. Il suffit de se reporter, *mutatis mutandis*, à ce qui vient d'être dit. Ajoutons que l'article 386 édicte une sanction spéciale, que l'on ne retrouve pas en matière de séparation de corps.

(1) En ce sens Demolombe, T. 1, *Séparation de corps*, p. 614. — Baudry-Lacantinerie, T. 1, p. 469. — Cass., 24 juillet 1878, S. 1879, 1, 424.

CHAPITRE X.

Appréciation du système du Code civil

De cette étude que nous venons de faire de la puissance paternelle, telle qu'elle a été organisée par le Code civil, il importe au point de vue qui nous intéresse, de tirer une conclusion.

Le législateur de 1804 avait-il sagement agencé son œuvre et ne peut-on pas lui faire le reproche d'avoir surtout favorisé les parents et de n'avoir pas montré assez de sollicitude pour les enfants ? A côté de tous les droits, relativement importants, attribués au père, lui a-t-il imposé un nombre équivalent de devoirs ?

Les ressources qu'il offre dans la répression des abus, sont-elles efficaces ? Ne peut-on pas enfin critiquer le Code d'avoir adopté un système répressif s'appliquant seulement, lorsque le mal est fait et souvent irréparable ?

Telle est la question complexe et délicate que nous avons à résoudre.

Pour y arriver, il est utile d'insister un instant sur les changements profonds survenus dans le but et la portée de la puissance paternelle.

Dans ce siècle, nous voyons une tendance constante de la part du législateur à s'immiscer de plus en plus dans les questions de famille. Bien qu'en 1804, on n'ait pas méconnu que la puissance paternelle fût instituée dans le triple intérêt de l'enfant, du père et de la société, le législateur avait omis de donner aux pouvoirs publics

le moyen légal d'intervenir dans les familles et de s'assurer de la part des parents de l'exécution complète et intégrale des obligations que leur impose la loi. Les tribunaux s'étaient montrés soucieux de faire respecter les droits de l'enfance, mais on n'avait pas réglé législativement leur intervention. C'est ce changement d'idées qu'il faut décrire.

§ 1. — Le Code de 1804 accorde au père un certain nombre de droits tant sur la personne que sur les biens de ses enfants ; en revanche il ne le soumet qu'à l'obligation de les nourrir, de les élever et de les entretenir (art. 203, C.). Quelle est la sanction de cette obligation ? En thèse générale nous pouvons dire qu'elle n'existe nulle part.

Durant le mariage, la puissance paternelle ne subit ordinairement aucune restriction, sauf dans l'hypothèse de l'article 335 du Code pénal. Au cas de séparation de corps ou de divorce, quelques changements peuvent être apportés. L'interdiction légale qui est l'accessoire des peines criminelles, vient encore suspendre momentanément dans la personne du père l'exercice de cette autorité. Mais à l'expiration de la peine le père vient reprendre cette autorité aussi forte, aussi étendue que par le passé. Les tribunaux, à leur tour, apportent dans certains cas quelques atténuations à l'exercice de cette puissance. Tel est, en résumé, le système du Code.

Les lacunes qu'il présente sont assez considérables.

Il vient à l'esprit une foule d'hypothèses, qui sont malheureusement tous les jours des réalités et en présence desquelles la loi se trouvait autrefois désarmée. Les parents pouvaient ainsi à leur aise prostituer, corrompre leurs enfants, leur nuire dans leur développement intellectuel, physique et moral : aucun moyen légal n'existait d'aller à l'encontre de ce fâcheux résultat.

Lorsque la mère ne partageait pas la conduite honteuse du père, on pouvait facilement croire que sa qualité de mère et que l'affection que la nature a placée dans son cœur dussent lui inspirer le devoir de s'adresser aux Tribunaux et de solliciter d'eux la protection de ses enfants. Mais la plupart du temps, il arrivait que la mère n'osait prendre cette initiative. N'est-elle pas, en effet, soumise à l'autorité maritale, qui va se trouver ainsi en contradiction flagrante avec l'autorité paternelle ? Cette démarche de sa part pouvait occasionner des dissensions dans l'intérieur de la famille ; souvent la mère hésitait, placée entre ces deux sentiments contraires, ses devoirs de mère et ses devoirs d'épouse. A qui au surplus confier l'enfant, car évidemment on ne peut se contenter dans cette hypothèse de faire passer les droits du père sur la tête de la mère et le laisser dans la même famille. La mesure ne pouvait ainsi arriver à aucun résultat pratique. Si cependant une personne charitable s'en chargeait, elle avait à craindre tous les jours que le père vînt le réclamer.

Nous venons de supposer que nous sommes en présence d'une femme, qui ne partage pas l'abjection de son mari. Si elle-même se conduit mal, c'en est fait malheureusement des enfants : la corruption des parents va étouffer les germes de moralité et d'honnêteté qui peuvent se trouver au cœur de ceux-ci. Personne n'interviendra et n'aura pouvoir de le faire. Voilà donc des êtres sujets aux plus fâcheux exemples, qui vont connaître dès leur plus tendre jeunesse la débauche et le vice. Ils sont ainsi destinés à devenir les recrues des prisons en attendant qu'ils soient les recrues du crime.

Souvent une séparation de fait intervient entre les époux : les enfants n'ont plus dès leur jeune âge que

l'exemple d'une famille désunie, d'une absence d'affection entre les membres qui la composent.

Système véritablement anormal que celui du Code ! Pour que le père soit déchu ou privé de partie de ses droits, il faut que le mal soit fait et devenu apparent. A ce moment seulement la société intervient. L'enfant victime des abus de l'autorité paternelle est corrompu à jamais, à moins qu'il ne soit doué, ce qui n'est pas le cas ordinaire, d'une volonté, d'une énergie incomparables, lui permettant de remonter le courant dans lequel il est engagé. A quoi sert en vérité d'enlever maintenant au père cette puissance paternelle, comme le fait l'article 335 C. p. ? (1)

Le grave tort du Code civil est de n'avoir pas pris de mesures préventives pour protéger l'enfant dans tous les cas où les abus de cette autorité paternelle sont à prévoir.

Le père, disons-nous, doit nourrir, élever et entretenir ses enfants. Les soins que ceux-ci réclament, ne sont pas seulement des soins physiques : il faut que le père développe en eux d'autres éléments de leur personnalité. L'obligation que la loi impose aux parents est tripartite : ils doivent être développés physiquement, moralement et intellectuellement.

Le père, sous l'empire de la législation du commencement de ce siècle, faisait de l'enfant au point de vue physique ce qu'il voulait : la liberté était la règle. Il ne pouvait être recherché que s'il avait commis une infraction sur la personne de son enfant.

(1) Nous n'insistons pas plus longtemps à cette place sur cet ordre d'idées, qui trouvera son développement naturel dans les préliminaires de la loi du 24 juillet 1889.

Légalement le père pouvait disposer de la personne physique de son fils, le soumettre à des travaux très durs sans rapport avec ses forces. Rien ne protégeait celui-ci contre une basse cupidité et contre des labeurs excessifs et inhumains. Le père pouvait plus encore : lui faire apprendre des métiers pénibles et avilissants. Aucune protection pour l'enfance, que l'abus vienne du père ou du patron.

Plusieurs lois votées dans la dernière partie de ce siècle vinrent apporter de précieux remèdes à cette situation et modérer l'exercice trop libre de la puissance paternelle. Ce sont les lois du 22 février 1851 relative aux contrats d'apprentissage, du 19 mai 1874 sur les enfants et les filles mineurs employés dans l'industrie, du 7 décembre 1874 sur les enfants exerçant des professions ambulantes, du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge.

Aucune sanction n'était imposée à l'égard de l'obligation pour le père de donner à ses enfants une culture morale et intellectuelle. Le père, sous l'empire de cette législation pouvait laisser ses enfants croupir dans l'ignorance la plus complète et négliger de leur donner cette instruction, qui seule permet à l'individu de tenir un rang dans la société. La loi du 28 mars 1882 a comblé cette lacune.

Une loi, conçue dans ce même esprit de protection de l'enfance, a voulu donner à l'enfant des habitudes d'ordre et d'économie, en même temps qu'elle a permis d'éviter l'exploitation de parents cherchant à profiter pécuniairement de son travail. C'est la loi du 8 avril 1881, qui apporte une modification digne d'être signalée aux principes du Code civil.

Depuis quelques années un mouvement indéniable de

charité sociale a commencé. Sa puissance va s'augmentant tous les jours. On a compris que dans une société, les lois doivent s'efforcer de protéger l'enfance ; c'est le moyen le plus sûr et le plus rationnel d'assurer la moralité, la sécurité d'un Etat.

Toutes les lois que nous venons d'énumérer, n'apportent, on peut le dire, que de timides atténuations aux droits importants des parents. La loi du 24 juillet 1889, la dernière conçue dans cet ordre d'idées, est l'étape finale de cette marche progressive et lente, qui a commencé en 1851 avec la loi sur les contrats d'apprentissage. Par elle ont été comblées les dernières lacunes.

§ 2. — Depuis un certain nombre d'années, ainsi que nous le disons plus haut, les pouvoirs publics se sont immiscés de plus en plus dans les questions de famille. Au premier abord, cette intervention paraît étrange et il semble qu'elle porte atteinte aux principes mêmes de la puissance paternelle. On a, à diverses reprises, discuté la légitimité de cette intervention. Il est temps maintenant de la justifier.

La puissance paternelle est instituée dans l'intérêt de l'enfance : nous trouvons le germe de ce principe de droit et d'abord dans la conscience, mais encore dans les textes du Code civil.

L'article 267 ancien du Code civil s'exprime ainsi : « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal sur la demande soit de la mère de famille ou du ministère public pour le plus grand avantage des enfants. »

L'article 302 est également dans ce sens. N'est-ce pas là incontestablement, la justification juridique de ce principe, que la puissance paternelle existe non-seulement au

profit du père, mais encore dans l'intérêt de l'enfant.

Mais écoutons Demolombe à cet égard : « dans l'intérêt de qui se trouve instituée cette puissance paternelle ? »

« Je réponds que la puissance paternelle a été créée
« dans l'intérêt de tous : des enfants, des père et mère, de
« l'Etat lui-même. Dans l'intérêt des enfants principale-
« ment sans doute, car il faut à leur faiblesse un pro-
« tecteur, un guide à leur inexpérience. Dans l'intérêt
« des père et mère, car c'est pour eux, non pas seulement
« un devoir, mais un droit d'élever leurs enfants, de leur
« donner le genre d'éducation qui leur convient, d'éveiller
« en eux la vocation pour laquelle ils veulent les diri-
« ger... Dans l'intérêt de l'Etat lui-même enfin, car le bon
« ordre des familles est la première condition et la plus
« sûre garantie du bon ordre de la société ; car la puis-
« sance paternelle est le meilleur auxiliaire de la puis-
« sance publique et lorsqu'elle remplit bien sa mission,
« lorsqu'elle sait inspirer aux enfants des sentiments de
« religion et de morale, les former à des habitudes de
« discipline et de travail, soyez sûrs qu'elle prépare de
« bons citoyens pour la patrie ».

Nous nous serions fait un véritable scrupule de mutiler cette longue citation, que nous n'avons pas hésité à reproduire et dans laquelle l'éminent auteur résume en quelques lignes le but et l'utilité de la puissance paternelle.

L'Etat depuis un demi-siècle a reconnu qu'il était de son intérêt bien entendu, d'exercer sur les familles une surveillance active et de tous les instants. C'est le moyen le plus pratique et le plus efficace d'assurer la prospérité d'un pays, dont on doit s'efforcer de toutes façons d'élever constamment le niveau moral et intellectuel. Par là on

enraye le mouvement croissant du crime, de la débauche et de la prostitution, mieux que ne pourront jamais le faire des condamnations sévères et rigoureuses.

C'est surtout à la suite de nos malheurs que le législateur a compris, avec toute sa portée, l'importance de cette régénération sociale. Et, en effet, dès 1871 un certain nombre de lois concourant toutes au même but, étaient proposées : ce qu'elles voulaient, c'était protéger l'enfant et lui donner toutes les facilités désirables, pour qu'il devînt un bon et honnête citoyen dans toute l'acception du mot.

On critique cette immixtion de l'Etat dans le sein des familles. Les partisans de cette manière de voir allèguent une atteinte portée à la liberté.

En vérité, c'est se faire une idée étrange de la liberté du père de famille que de soutenir, comme on l'a fait à maintes reprises, que cette liberté dont on se prévaut, permet au père de diriger l'éducation de son enfant, comme il l'entend.

Pour nous ce serait de la licence, et nous estimons que le père se doit non seulement à sa famille, mais encore à la société. Il ne peut pas avoir le droit d'empêcher le développement moral et intellectuel de son enfant, la société a le droit de créer des sanctions pour assurer l'exécution de cette obligation.

Peut-on sérieusement nier à l'Etat le pouvoir d'obliger le père de famille à donner à ses enfants les exemples de moralité et d'honnêteté courantes ? Peut-on également lui refuser le droit d'enlever la puissance paternelle aux parents indignes, qui méconnaissent leurs devoirs les plus sacrés ?

La société est intéressée à ce que le nombre des charges qui pèsent sur elle, ne s'augmente pas. Il est de son

devoir de diminuer le nombre des vagabonds, des oisifs, des paresseux, des criminels, des débauchés, en un mot de tous les êtres qui abaissent sans cesse le niveau de la moralité publique.

On objecte qu'il y a dans ce système, qui accorde tant de droits à l'Etat, un inconvénient considérable : on supprime ainsi toutes les garanties de la liberté du citoyen ou du père de famille. Mais l'enfant n'a-t-il pas des droits ? Qui fera respecter ces droits ? La famille, dira-t-on, dans le système contraire. C'est se faire une idée fausse de ces familles que la loi veut frapper et qui montrent à l'égard de l'enfance une indifférence coupable. Il faudrait donc laisser ces êtres déclassés ou abandonnés sans la moindre assistance. L'Etat, protecteur-né des mineurs, a une mission généreuse à remplir : c'est à lui qu'il appartient de défendre l'enfance contre les violences, les vices, les odieux calculs et les entreprises dont elle pourrait être l'objet.

Telles sont les raisons que l'on peut faire valoir en faveur de ce droit pour l'Etat. On ne songe pas du reste maintenant à le lui contester.

En 1881 et 1882, à propos de la loi sur l'instruction primaire obligatoire, on a soulevé de violentes critiques contre cette prétention des pouvoirs publics.

Mais on discutait alors plutôt des questions politiques que des questions de principe : l'objection n'avait pas été formulée dans toute sa netteté et sa précision. Au lieu de contester à l'Etat ce droit, on lui déniait le pouvoir d'imposer un personnel enseignant et un programme obligatoire de connaissances ; et derrière cette argumentation, s'était dissimulée complètement la question de principe, qui avait pu passer presque inaperçue.

Aujourd'hui on est d'accord sur ce point ; de tous côtés et par tous les moyens, on cherche à protéger l'individu

contre tous les dangers qui peuvent l'entourer dans la vie. Ce sont tout à la fois ses forces physiques que l'on sauvegarde de tous les abus dont elles pourraient être l'objet, et sa moralité, contre toutes les influences pernicieuses venues du dehors.

On a même été plus loin en ces derniers temps : on a permis à l'homme qui a commis une première faute de pouvoir se régénérer moralement : c'est le résultat réalisé par la loi du 26 mars 1891.

CHAPITRE XI

Modifications apportées aux principes du Code civil
en matière de puissance paternelle, antérieure-
ment à la loi du 24 juillet 1889.

- I. — Loi du 22 février 1851 sur le contrat d'appren-
tissage.
- II. — Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et
filles mineures employés dans l'industrie.
- III. — Loi du 7 décembre 1874 relative à la protection
des enfants employés dans les professions
ambulantes.
- IV. — Loi du 16 décembre 1874 relative à la protection
des enfants du premier âge et en particulier des
nourrissons.
- V. — Loi du 9 avril 1881 portant création d'une caisse
d'épargne postale.
- VI. — Loi du 28 mars 1882 sur l'Instruction primaire.

I. — *Loi du 22 février 1851 sur le contrat
d'apprentissage.*

On avait été frappé en 1851 de cette anomalie qui
existait dans notre législation : l'État a le droit d'exer-
cer une surveillance active sur l'instruction de l'enfant
et le programme des connaissances qu'on doit lui incul-
quer à l'école, et cependant aucune précaution n'est prise

en ce qui concerne son éducation professionnelle. Le premier venu s'intitulant patron, peut ouvrir son atelier à tous les apprentis qui s'y présentent, sans qu'on puisse exiger de lui la moindre garantie de moralité et d'honnêteté.

Cet homme peut être un débauché, un repris de justice : l'État se trouve désarmé devant ce danger. « Il « n'était pas permis de réunir chez soi quelques enfants « pour leur apprendre à lire, mais le premier venu, « même un repris de justice pouvait les recevoir et les « garder deux ou trois ans dans sa maison, pour leur « apprendre un métier » (1).

La loi a donc cherché d'abord à imposer au patron, pour recevoir dans son atelier des apprentis, certaines conditions de moralité prévues par les articles 5 et 6, ainsi conçus :

ART. 5. — Aucun maître, s'il est célibataire ou en état de veuvage, ne peut loger, comme apprentis, des jeunes filles mineures.

ART. 6. — Sont incapables de recevoir des apprentis, les individus qui ont subi une condamnation pour crime ; ceux qui ont été condamnés pour attentat aux mœurs ; ceux qui ont été condamnés à plus de trois mois d'emprisonnement pour les délits prévus par les articles 388, 401, 405, 406, 407, 408, 423 du Code pénal.

Telles sont les conditions de moralité requises de la part du patron. La loi de 1851 poursuivait un autre but : elle tendait à éviter, dans la mesure du possible, une exploitation de l'enfant par le patron. Aussi, dans les

(1) Rapport de M. Callet, 26 décembre 1850. *Moniteur*, 5, 6, 8 mars et 27 décembre 1850.

articles 8, 9, 10, indique-t-elle la durée du travail effectif à imposer aux apprentis, suivant leur âge.

La loi offre une lacune : elle n'indique pas l'âge minimum à partir duquel l'enfant pourra entrer en apprentissage, ni le nombre des apprentis que pourra recevoir un même patron. Bien qu'on ait envisagé ces deux hypothèses lors de la discussion de la loi, on ne s'y est pas arrêté : on a prétendu qu'il y avait là un obstacle très grand pour les familles indigentes, qui ont le désir légitime, pour ne plus avoir à nourrir et à élever leurs enfants, de les placer le plus tôt possible en apprentissage.

L'inconvénient qui pouvait résulter de cette situation a été corrigé par une loi postérieure du 19 mai 1874, sur le travail des enfants employés dans l'industrie.

En ce qui concerne les droits de puissance paternelle, nous ne voyons qu'un seul changement apporté par cette loi de 1851. Le père, par le contrat d'apprentissage, délègue au patron ses droits de garde et de correction sur l'enfant. Cette convention, qui jusqu'ici avait été nulle comme contraire à l'ordre public, devient valable. Mais nous ne trouvons qu'une sanction bien éphémère dans le cas où, de la part du père, il y aura manquement à sa promesse : le contrat pourra être résolu. La sanction est donc purement civile. L'article 13, qui prévoit le cas où un apprenti sera détourné de son atelier, ne vise que le patron étranger à l'enfant : il n'est pas applicable au père.

Quant à nous, nous estimons qu'une peine d'amende ou de prison s'imposait, lorsque le père détournait son enfant de l'atelier. Le plus souvent on ne se prévaudra même pas de la sanction civile, en présence du dénûment des parents.

Une limitation est apportée aux droits du père : il ne peut pas placer son enfant en apprentissage chez le patron indigne. Ce n'est pas là évidemment une déchéance. Si le père le fait, il n'encourt aucune condamnation puisque l'article 20, qui prévoit l'amende ou l'emprisonnement au cas de récidive, ne vise que le patron. « *Pœnalia non sunt extendenda.* »

II. — *Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et filles mineures employés dans l'industrie.*

Le but de la loi est le suivant : l'Etat intervient, pour protéger le développement physique et moral de l'enfant, entre le père d'une part et le patron d'autre part. Cette loi, d'une façon générale, impose certaines conditions d'âge pour qu'un enfant puisse être admis dans un établissement industriel (art. 1 et 2).

On avait depuis longtemps déploré cette cupidité odieuse de la part de certaines personnes qui, dans un esprit de lucre et de profit, n'hésitaient pas à imposer, à des enfants et à des jeunes filles, des travaux sans rapport avec leur âge et leur force. La loi de 1874 a mis un terme à ces abus révoltants. L'enfant ne sera pas admis à travailler la nuit dans la plupart des industries, s'il n'a pas atteint l'âge de seize ans révolus.

La loi de 1874 a un contre-coup sur celle du 22 février 1851. On se rappelle que cette dernière loi n'avait pas fixé l'âge minimum pour l'apprenti. L'article 2 de la loi du 19 mai 1874 décide que l'enfant ne pourra être admis par un patron ou employé dans une manufacture avant l'âge de douze ans accomplis. Dans certaines industries déterminées par un règlement d'administration publique,

l'âge minimum sera abaissé à dix ans. La loi prévoit le nombre d'heures de travail à effectuer par les enfants ; elles devront être coupées par un repos. Son éducation primaire est également assurée par les articles 8 et 9. La surveillance des enfants et la police des ateliers sont confiées à des commissions spéciales.

Loi essentiellement humanitaire, que la loi du 19 mai 1874 : elle doit, si on l'applique rigoureusement, porter des fruits très appréciables. On arrivera par là à éviter un affaiblissement de la race, en ne permettant pas que des enfants soient usés avant que leurs forces physiques aient eu leur plein épanouissement.

Cette loi apporte une restriction aux droits du père de famille : il ne peut plus disposer librement de la personne de son fils ou de sa fille, sans se soumettre aux conditions spéciales prévues par cette loi.

Une lacune est à signaler : cette loi de 1874 est inapplicable au père qui occupe chez lui ses propres enfants : les travaux préparatoires de la loi sont absolument formels en ce sens et le rapporteur, M. Eugène Tallon (1) l'a nettement déclaré ; l'article 2, qui parle d'ateliers, ne vise que les ateliers tenus par des étrangers. Lors de la discussion, il a été également entendu que les travaux agricoles ne sont pas atteints par la loi : on le comprend facilement, car ce genre de travail est loin de produire, sur les hommes et les enfants, les fâcheux résultats des ateliers industriels.

(1) *Journal Officiel* du 29 janvier 1873. Débats parlementaires, p. 650. — *J. O.* du 23 janvier 1873, id., p. 487.

III. — *Loi du 7 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes.*

Cette loi due à l'initiative de MM. Eugène Tallon, le vicomte de Bonald, Eugène Lenoël a pour but de protéger les enfants en bas-âge contre certains parents, qui n'hésitent pas à donner à leur progéniture des goûts de vagabondage, de mendicité et de vice.

« C'est, disait le rapport, on ne saurait le méconnaître, « un spectacle bien digne de pitié et de nature à exciter « la vigilante sollicitude du moraliste et du législateur, « de voir encore, au mépris des lumières de la civilisation, un nombre considérable d'enfants exploités, les « uns par des troupes ambulantes de mendiants ou de « bohémiens, les autres par des directeurs de spectacles « forains ou de cirques, des saltimbanques ou montreurs « de curiosités, subissant des traitements brutaux, élevés « au milieu de désordres de tout genre, vivant parfois « dans une promiscuité honteuse, condamnés à marcher « dans une voie fatale, qui par les divers degrés de l'ignorance et du vice, peut mener au crime » (1).

Telle est la portée nettement indiquée de cette loi, et cependant lors de la proposition dont elle a été l'objet à l'Assemblée nationale, on l'a vivement combattue sous prétexte qu'elle était inutile. On a dit que les articles 319 et 320 du Code pénal suffisaient pour la protection de l'enfance, et qu'au surplus l'autorité administrative était suffisamment armée, puisque conformément aux lois de

(1) *Journ. offic.* du 24 janvier 1873, D. P., p. 525.

1790, de 1833 et de 1837, elle avait le pouvoir de réglementer dans chaque département ces sortes d'exhibitions.

La réponse à ces critiques était facile : quoi ! on demandera au tribunal de prononcer une peine, lorsqu'une imprudence aura été commise ; ne vaut-il pas mieux à tous égards la prévenir et interdire à l'avance tout ce qui est de nature à nuire à l'enfant ?

Le projet fut voté. Voyons rapidement son économie : deux cas généraux sont prévus : les professions ambulantes et la mendicité. L'article premier de la loi prononce une peine de six mois à deux ans de prison et une amende de seize à deux cents francs contre : 1^o tout individu qui fera exécuter par des enfants de moins de 16 ans des tours de force périlleux ou des exercices de dislocation ; 2^o contre tout individu autre que les père et mère, acrobate, saltimbanque, charlatan, montreur d'animaux ou directeur de cirque qui emploiera dans ses représentations des enfants âgés de moins de 16 ans.

En ce qui concerne la mendicité, quiconque, dit l'article 3, emploiera des enfants âgés de moins de 16 ans à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession, sera considéré comme auteur ou complice du délit de mendicité en réunion prévu par l'article 276 du Code pénal et sera puni des peines portées audit article.

La peine est de six mois à deux ans de prison.

Occupons-nous spécialement des dispositions qui visent les parents. Si ceux-ci exercent la profession d'acrobates, de saltimbanques, ils ne peuvent employer dans ces exercices leurs propres enfants s'ils ne sont pas âgés de douze ans révolus (art. 1, § 2). La sanction est sévère puisque c'est la même peine que celle portée contre le patron étranger.

L'article prévoit un certain nombre d'autres hypothèses : « Les père et mère qui auront livré, soit gratuitement, soit à prix d'argent, leurs enfants âgés de moins de 16 ans aux individus exerçant les professions ci-dessus spécifiées, ou qui les auront placés sous la conduite de vagabonds, de gens sans aveu ou faisant métier de mendicité seront punis des peines portées en l'article 1. »

Tout individu, qui aura enrôlé des enfants, en les déterminant à quitter le domicile, soit des parents, soit des patrons, pour suivre ces sortes d'individus, sera puni de la même peine.

La loi ajoute à la peine corporelle une autre rigueur : les père et mère pourront être privés des droits de puissance paternelle. C'est cette dernière disposition qui devra nous arrêter un instant.

Le délit de mendicité est régi par l'article 3 : « Quiconque emploiera des enfants âgés de moins de 16 ans à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession, sera considéré comme auteur ou complice du délit de mendicité en réunion prévu par l'article 276 du Code pénal et sera puni des peines portées audit article.

Si ce sont les père et mère ou tuteurs qui se sont rendus coupables de ce délit, ils pourront, dit le § 2 de l'article, être privés de la puissance paternelle ou être destitués de la tutelle.

Signalons en passant la modification apportée par la loi à l'article 276 *in fine* du Code pénal. Sous l'empire de la législation antérieure à 1874, les père et mère qui faisaient mendier leurs propres enfants n'étaient pas atteints. La loi était formelle. Voilà donc des enfants exposés à la répression : les parents étaient indemnes, et

cependant tous les soirs ils ne manquaient pas de recueillir les bénéfices de la mendicité de leurs enfants. La loi de 1874 a corrigé cette anomalie. Il ne faut pas, a-t-on dit, que les parents puissent impunément pervertir et corrompre leurs enfants, tarir en eux la source des bons instincts, les détourner d'une vie d'honnêteté et de travail.

Cette loi, on le voit, restreint dans une assez large mesure, les droits de la puissance paternelle.

L'originalité de la loi de 1874, est d'avoir créé une déchéance de la puissance paternelle. Elle est facultative pour le juge, soit qu'il l'applique conformément à l'article 1 *in fine*, soit suivant l'article 3, § 2.

Cependant, en ce qui concerne la tutelle, les dispositions de ces deux articles de loi ne sont pas identiques. Dans le premier cas la destitution est prononcée de plein droit, dans le second elle est facultative.

Cette déchéance de la puissance paternelle est absolue en ce sens, qu'elle porte sur tous les attributs : droits de garde, de correction, de jouissance, d'administration légales, etc. En cela elle diffère de la déchéance partielle que la jurisprudence avait admise et à la suite de laquelle, seul le droit objet de l'abus, était enlevé.

Comparée à l'article 335 du Code pénal, la disposition de la loi de 1874 est tout à la fois plus étendue et plus étroite.

Elle est plus étroite en ce que l'article 335 du Code pénal prononce une déchéance obligatoire pour le juge ; elle est plus étendue parce que la déchéance s'applique à l'égard de tous les enfants, tandis que l'article 335 du Code pénal ne vise que la victime de l'attentat.

La loi de 1874 est sujette à une critique : ce n'est pas suffisant d'avoir édicté la déchéance de la puissance paternelle ; il fallait faire plus et organiser la tutelle

comme l'a fait la loi de 1889. Elle ne contient à cet égard aucune disposition, de sorte que l'on doit s'en rapporter au droit commun : la mère jouira des attributs de la puissance paternelle. De cette façon, on n'obtiendra le plus souvent aucun résultat pratique, puisque celle-ci se trouvera sous la domination de son mari. Il ne semble pas qu'en 1874 on ait prévu cet inconvénient.

IV. — *Loi du 16 décembre 1874 relative à la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons.*

On est profondément étonné, en consultant les statistiques, de voir dans les classes ouvrières l'importance de la mortalité des nouveaux-nés. Presque toujours les règles d'hygiène ne sont pas suivies et les soins les plus nécessaires et les plus indispensables ne sont pas donnés aux jeunes enfants. La loi du 16 décembre 1874 due à l'initiative généreuse de M. Roussel, a eu pour but d'éviter dans la mesure du possible, l'abandon dont les nourrissons sont si souvent l'objet et de favoriser l'application des règles de l'hygiène si utile en pareil cas.

Cette loi vient en outre apporter une aide puissante aux nombreuses sociétés de charité qui se sont fondées en France pour la protection des enfants en bas âge.

Nous ne nous étendrons pas sur cette loi qui ne nous suggère que deux observations.

L'article premier nous arrêtera d'abord : « Tout enfant âgé de moins de deux ans, qui est placé moyennant salaire, en nourrice, en sevrage ou en garde hors du domicile de ses parents, devient par ce fait l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie, sa santé. »

On ne saurait se dissimuler l'importance du principe contenu dans cet article : le législateur formule nettement pour l'Etat le droit de protéger la vie et la santé des êtres qu'il désigne et de prendre pour y arriver toutes les mesures efficaces qu'il juge convenables.

Ce droit est reconnu dans notre loi, mais nulle part un texte ne s'était montré aussi catégorique. Nous avons dû plus haut, pour légitimer cette intervention, recourir aux principes généraux du droit ; ici nous sommes en présence d'un texte formel, inutile aujourd'hui, car on ne discute plus sérieusement cette prérogative de l'autorité publique. Lors de l'élaboration de la loi, le rapporteur avait bien compris que c'était là édicter une vérité reconnue par tous ; mais on a pensé que dans une loi de ce genre, on ne devait pas négliger l'effet moral et qu'il fallait s'en préoccuper autant que des moyens de répression (1).

La seconde observation que nous inspire la loi est celle-ci : une limitation est apportée dans les droits de puissance paternelle par l'article 7 d'abord et par l'article 8.

Les parents sont astreints par la première de ces prescriptions de la loi à certaines déclarations et formalités, pour placer leur propre enfant en nourrice, en sevrage ou en garde. L'article du Code pénal qui prononce une peine d'emprisonnement, leur est applicable au cas d'infraction.

Conformément à l'article 8, la nourrice ne peut pas, poussée par une basse cupidité, quitter son propre enfant pour en allaiter un autre, si elle ne justifie pas que son enfant existe et qu'il est âgé de sept mois révolus au

(1) Rapport de M. de Melun, du 5 juillet 1873. *J. O.*, 2 août 1873, p. 5206.

moins. S'il n'a pas atteint cet âge, elle doit prouver qu'il est allaité par une autre femme remplissant certaines conditions.

Nous ne trouvons contre elle aucune sanction mais l'article 156 du Code pénal est applicable au certificateur. C'est une sanction indirecte qui inspirera à la personne requise la pensée de s'assurer de l'exactitude absolue des faits que la mère allègue.

V. — *Loi du 9 avril 1881 portant création d'une caisse d'épargne postale.*

Cette loi est intéressante à raison de deux dérogations qu'elle apporte aux principes du Code civil : l'une concernant la puissance paternelle, l'autre la puissance maritale.

Nous ne devons nous occuper que de la première. L'article 6 § 5 de la loi est ainsi conçu : « Les mineurs sont admis à se faire ouvrir des livrets sans l'intervention de leur représentant légal. Ils pourront retirer sans cette intervention, mais seulement après l'âge de 16 ans révolus, les sommes figurant sur les livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leur représentant légal ». On le voit, c'est une dérogation formelle à l'article 389 du Code civil.

Au surplus, comment concilier cette disposition avec l'usufruit légal ? La question a été posée lors de la discussion de la loi par M. le sénateur de Gavardie (1).

Le paragraphe concernant les mineurs a été admis sans difficulté par la Chambre des députés lors de la discus-

(1) Séance du 28 mars 1881. *J. O.* du 29 mars. D. P., Sénat. p. 505.

sion en séance publique (1). On y était amené par la pratique des caisses d'épargne scolaires qui avaient déjà produit d'excellents résultats.

Il n'en a pas été de même du paragraphe relatif aux femmes mariées. Ici les scrupules des jurisconsultes se sont affirmés d'une façon plus nette et plus tranchée. La question fut vivement discutée. M. Le Royer attaqua énergiquement cette innovation proposée par la Commission, comme contraire aux principes du Droit civil.

Elle a été éloquemment défendue par MM. les sénateurs Robert de Massy, Laboulaye et Le Bastard (2).

Le mineur âgé de 16 ans aura-t-il le droit d'aliéner ou convertir les titres de rente sur l'Etat, qui lui auront été remis en échange des sommes déposées ? La question n'a pas été résolue.

VI. — *Loi du 28 mars 1882 sur l'Instruction primaire.*

Cette loi ne doit être examinée par nous qu'au point de vue de l'obligation qu'elle a imposée aux parents, de faire donner sous le contrôle de l'autorité publique l'instruction primaire à leurs enfants. Nous ne nous attacherons pas à l'étude des caractères de laïcité et de publicité qui sortent évidemment du cadre de ce sujet.

La puissance paternelle subit une restriction notable. Désormais disparaît le droit absolu dont le père avait

(1) Séance du 1^{er} juillet 1880. *J. O.*, 2 juillet 1880. D. P., Chambre, p. 7431.

(2) *J. O.*, 29 mars 1881. S. D. P., p. 501. Séance du 28 mars 1881. M. Le Bastard était le rapporteur au Sénat.

joui jusqu'ici, de donner à sa guise l'instruction à ses enfants. Il ne peut plus aujourd'hui, sans commettre une infraction à la loi, les laisser dans l'ignorance.

L'article 4 pose en effet le principe de l'obligation : « L'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de six ans révolus à treize ans révolus. » Ce qu'il faut entendre par instruction primaire est défini dans l'article 2 : ce sont les rudiments des connaissances humaines.

Pour assurer de la part des parents l'exécution de la loi, une Commission scolaire est créée dans chaque commune ; chaque année, d'accord avec le maire, elle dresse la liste de tous les enfants âgés de six ans à treize ans et avise les personnes qui ont la garde des enfants, de l'époque de la rentrée des classes.

Les personnes qui ont la garde des enfants, doivent dans les 15 jours avant l'époque fixée pour la rentrée, faire savoir au maire de la commune, si elles entendent instruire l'enfant dans sa famille ou le placer dans un établissement public ou privé. Dans ce dernier cas on doit indiquer l'école choisie.

Si un enfant quitte l'école pour un motif ou pour un autre, on doit indiquer où il recevra à l'avenir l'instruction.

Une surveillance très active est exercée relativement à la fréquentation de l'école ; dans chaque classe l'instituteur constate les absences et à la fin du mois le nombre en est relevé avec l'indication des motifs. Le maire en est prévenu. Les motifs légitimes d'absence sont une maladie de l'enfant, un décès dans la famille, une difficulté accidentelle de communication ; les autres motifs doivent être appréciés par la commission.

Si un enfant a manqué un certain nombre de fois dans le mois sans motifs valables, la personne responsable sera invitée trois jours à l'avance, à comparaître dans la salle des actes de la mairie devant la commission et là on lui rappellera son devoir.

Si elle fait défaut, à titre de pénalité on inscrira son nom pendant quinze jours ou un mois sur un tableau placé à la porte de la mairie, avec indication du fait relevé à sa charge. La même peine sera appliquée au cas de nouvelles absences de la part de l'enfant pendant les douze mois à partir d'une première infraction.

Si une nouvelle récidive venait à se produire, la commission scolaire ou l'inspecteur primaire pourraient saisir le juge de paix. On est alors en présence d'une contravention punie par les articles 479 et 480 du Code pénal.

Les dispenses de scolarité pendant certains mois de l'année ou certaines classes doivent être demandées à l'inspecteur primaire.

La loi a pris certaines précautions pour s'assurer de la parfaite exécution de ses prescriptions, de la part des parents qui instruisent leurs enfants dans le sein de la famille. On pourra faire subir à partir de la seconde année d'instruction obligatoire un examen à l'enfant. Cet examen portera sur le programme correspondant à son âge dans les écoles publiques.

Au cas d'insuffisance reconnue par le jury, les parents seront mis en demeure dans les huit jours de la notification qui leur en sera faite, de choisir une école publique ou privée, qu'ils seront tenus d'indiquer. Au cas d'infraction de leur part, on leur appliquera l'inscription et au cas de récidive ils comparaîtront en simple police.

Telles sont d'une façon générale les règles posées par

la loi du 28 mars 1882. Appliquée rigoureusement, elle est appelée à rendre au pays d'immenses services. Il est du devoir d'une nation civilisée de faire la plus petite possible la part de l'ignorance ; c'est trop souvent la mère de la misère et de tous les vices.

On voit avec quel soin jaloux la loi a limité la liberté du père de famille. Et cependant ce principe de l'obligation a été vivement décrié. On s'est réclamé des grands principes de liberté individuelle et de l'autorité paternelle pour soutenir que le principe de l'obligation ne devait pas être admis par la loi. Quelles sont les raisons invoquées à l'appui de cette thèse ?

Une confusion doit être écartée : elle s'est cependant reproduite fréquemment lors de la discussion de la loi ; ce n'est pas l'école que l'on rend obligatoire mais l'instruction. Peu important donc les moyens par lesquels les parents jugent à propos d'instruire leurs enfants ; la loi veut simplement qu'ils leur assurent un petit capital intellectuel. C'est en cela que réside l'obligation.

Le droit naturel, le Code civil lui-même, la raison d'Etat justifient amplement cette obligation imposée au père de famille.

En 1560, lors des Etats-Généraux, on réclamait déjà la reconnaissance de ce principe. La Révolution l'a proclamé ; presque tous les peuples de l'Europe nous ont devancé dans cette voie. La France ne pouvait rester en arrière.

A certaines époques une loi de ce genre avait été proposée : projet de Talleyrand (1791), projet de Lepelletier St-Fargeaud (1793), projet de Condorcet (1793) (1).

(1) Ces renseignements sont puisés au *Journal Officiel*, 10 fév. 1880 et mai 1881.

A maintes reprises également depuis le commencement de ce siècle, on avait tenté de la faire admettre : projet de juin 1848 présenté par Carnot, ministre de l'Instruction publique ; (15 décembre 1848), projet de Barthélémy St-Hilaire ; (5 février 1849), projet de M. Jules Simon.

Après 1870 on comprit l'importance de ce principe qui devenait une condition de relèvement national : 1^o novembre 1871, proposition de M. Henri de Lacretelle ; 2^o proposition de MM. Vacherot, Charton, Henri Martin, Jules Ferry, etc... ; 15 août, proposition du Gouvernement par l'organe de M. Jules Simon ; 19 janvier 1872, proposition de M. Emile Beausire et amendement de MM. Dréo et Ferrouillat du 12 juin 1872.

Mais aucune suite n'a été donnée à ces divers projets qui vinrent se confondre dans un projet de loi organique présenté par Mgr Dupanloup. Les temps étaient trop troublés ; le projet n'aboutit pas. Un certain nombre de propositions furent faites en 1877 et 1878 ; survint le projet Barodet en 1879, puis finalement le projet du Gouvernement présenté par M. Jules Ferry, le 20 janvier 1880.

Malgré cette longue série d'efforts, bien que ce principe soit passé en vérité dans les mœurs, cependant en 1881 il s'est trouvé un certain nombre de personnes pour le contester au nom des droits sacrés de la liberté individuelle et de l'autorité paternelle.

Nous le répétons, c'est une singulière façon d'entendre la liberté et la puissance paternelle. N'est ce pas au contraire respecter la liberté que de proclamer pour l'enfant le droit à l'instruction et d'établir pour le père une limite à une exploitation qui peut devenir odieuse et stupide.

La loi du 28 mars 1882 a apporté deux modifications à la loi du 19 mai 1874. D'après celle-ci, l'enfant ne peut être placé en apprentissage que s'il a douze ans révolus ; or, maintenant il est obligé de rester à l'école jusqu'à l'âge de treize ans, à moins qu'il n'ait obtenu son certificat d'études primaires (art. 6). A un autre égard, le père qui, en sa qualité de patron de son enfant, n'était soumis à aucune restriction, est désormais limité dans sa liberté, puisque, de 6 ans à 13 ans, il est tenu de le faire instruire soit dans la famille, soit à l'école.

CHAPITRE XII

I^{re} SECTION.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA LOI DU 24 JUILLET 1889.

On a fait au chapitre X l'appréciation du système du Code civil ; on a exposé également les modifications partielles dont les droits de puissance paternelle ont été l'objet depuis le commencement de ce siècle. Le moment est venu d'indiquer en quelques mots la portée de la loi du 24 juillet 1889.

Elle généralise en premier lieu la disposition de l'article 335 du Code pénal ; ainsi disparaît de notre législation une anomalie étrange. Deux sortes de déchéance sont possibles : la déchéance *de plano* est encourue en présence de certaines condamnations prévues à l'article 1^{er} de la loi et qui impliquent une grande dépravation de la part des parents. La déchéance facultative est prononcée en présence de faits ou de condamnations n'établissant pas avec la même certitude et la même gravité que tout à l'heure la corruption et la débauche des parents. La loi protège ainsi les enfants maltraités et moralement abandonnés qui se trouvent dans les conditions légales de la famille, conditions déplorables en fait, mais inattaquables en droit. Elle anéantit l'obstacle qui l'avait toujours arrêtée dans cette œuvre : le droit sacré de la puissance paternelle.

C'est ainsi que d'une façon générale, on peut dire que

la loi nouvelle, soit grâce à des déchéances, soit au moyen de la reconnaissance de la légitimité du contrat d'abandon, sauvegarde l'enfance contre les abus de l'autorité paternelle : 1^o lorsque les parents négligent habituellement de surveiller leurs enfants ; 2^o lorsqu'ils les maltraitent habituellement ; 3^o lorsqu'ils sont condamnés comme auteurs ou complices de crimes ou délits commis sur leur personne ; 4^o lorsqu'ils sont d'une inconduite notoire et scandaleuse.

A un autre point de vue, la loi de 1889 apporte un nouvel appoint aux efforts réalisés par l'assistance publique et la charité privée. Elle est le complément des dispositions des lois de pluviôse, an XIII, janvier 1811, et de l'article 66 du Code pénal. Elle les embrasse toutes et rend ainsi légal ce que la pratique avait préconisé depuis longtemps.

II^e SECTION

HISTORIQUE DE LA LOI DU 24 JUILLET 1889.

Le 29 décembre 1880, un arrêté du ministre de la justice instituait une commission chargée d'étudier les mesures à prendre pour la protection de l'enfance. L'objet des études qui lui étaient confiées était double : d'une part, elle devait rechercher les modifications susceptibles d'être introduites dans la législation et permettant d'enlever aux parents indignes la puissance paternelle que le Code civil leur reconnaît ; d'autre part, elle devait se préoccuper des mesures générales à édicter pour la protection des enfants abandonnés, afin,

disait l'arrêté de nomination de la commission, de compléter les lois déjà votées sur l'initiative de M. le sénateur Th. Roussel (1).

Le 27 janvier 1881, un certain nombre de sénateurs, dont on rencontre toujours les noms lorsqu'il s'agit de la défense des intérêts sacrés de l'enfance et d'œuvres de charité et de solidarité sociales, MM. Th. Roussel, Schœlcher, Dufaure, l'amiral Fourrichon, Jules Simon, déposaient sur le bureau du Sénat un projet de loi ayant trait à la protection de l'enfance.

Une commission d'initiative parlementaire fut nommée dans le sein du Sénat à l'effet d'examiner le projet. Le rapport sommaire fut fait à la séance du 16 juin 1882, par M. Roussel, rapporteur (2).

§ 1. — *Projet de MM. Th. Roussel, Schœlcher, etc.*

Ce projet n'était qu'une partie du projet général soumis à l'approbation du Sénat et tendant à réaliser dans notre législation un certain nombre d'améliorations qu'on peut classer en trois catégories :

1° Révision des articles du Code pénal relatifs aux mineurs de 16 ans ;

2° Réforme de l'éducation correctionnelle des jeunes détenus, organisée par la loi du 5 août 1850 ;

(1) *J. O.*, décembre 1881. Sénat, Doc. parl., p. 865.

(2) *J. O.*, juin 1881. Documents parlementaires, Sénat, 437. Cette commission se composait de MM. Ribière, président, Vivenot, secrétaire, Claude, Charles Brun, Ferrouillat, Gilbert-Boucher, Pin, Vallier, Ninard, Cuvinot, Delord, Chavassieu, le baron de Barante, Poriquet, Théophile Roussel, rapporteur, Foucher de Careil, baron de Lareinty, Ferdinand Barot.

3° Nouvelles dispositions à introduire dans la loi, de nature à protéger les enfants maltraités ou délaissés, contre les abus de l'autorité paternelle.

Telles étaient les grandes lignes des modifications qu'on s'était proposé d'accomplir. De ces trois projets, un seul le troisième, est arrivé aujourd'hui à réalisation ; les autres n'ont pas encore abouti.

Quelle est l'économie du projet de M. Théophile Roussel ? On peut ranger les enfants abandonnés en deux grandes classes. Les uns n'ont plus aucune famille ; ils sont abandonnés matériellement. C'est du reste l'expression employée par l'article 1^{er} du projet. Le décret du 19 janvier 1811 offre des ressources légales suffisantes aux services publics pour maintenir ces enfants sous leur garde et leur surveillance ; aucun conflit ne peut en effet s'élever, soit avec la puissance paternelle, soit avec la tutelle naturelle.

La seconde classe comprend un grand nombre d'enfants, que le projet appelle des enfants moralement abandonnés ; ils ont une famille qui, en fait, ne s'en occupe pas et qui le plus souvent reste dans une indifférence complète à leur égard ; malheureusement la puissance paternelle subsiste légalement. Il arrive alors que, forts de leur autorité, les parents viennent fréquemment apporter des empêchements aux généreuses tentatives de l'assistance privée ou de l'assistance publique. La loi ne donne aucune arme pour repousser ces parents indignes.

Le but de la proposition de M. Th. Roussel était de donner à la charité publique des moyens légaux contre les odieux calculs des parents, en apportant de graves limitations à leurs droits de puissance paternelle.

Le projet déterminait un certain nombre de circonstances dans lesquelles l'indignité des parents devait être sanc-

tionnée par une atténuation à leurs droits de puissance paternelle. Ces cas sont les suivants : 1° mauvais traitements (art. 7 du projet) ; 2° condamnations comme complices ou auteurs de délits ou de crimes commis sur la personne de leurs enfants (art. 3) ; 3° négligence habituelle des parents, absence de surveillance ou de soins (art. 3) ; 4° inconduite notoire (art. 3). Le projet n'allait pas jusqu'à prononcer la déchéance absolue de la puissance paternelle ; il ne visait en effet dans ses dispositions que le droit de garde. L'expression de déchéance de la puissance paternelle ne s'y rencontre même pas.

Dans l'article 1^{er} nous trouvons la proclamation de ce principe, que tout mineur non émancipé, de l'un ou de l'autre sexe, matériellement ou moralement abandonné ou maltraité, est placé sous la protection de l'assistance publique.

Est considéré comme matériellement abandonné, le mineur qui n'a ni parents, ni tuteur, ni amis, qui puissent prendre soin de sa personne. Est au contraire moralement abandonné celui qui, bien qu'ayant ses parents, ne trouve pas dans sa famille de soins, de surveillance, de bons exemples. Cela se réalise, aux termes de l'article 3, quand les parents ont habituellement négligé de surveiller l'enfant, quand ils sont d'une inconduite notoire ou condamnés pour crimes ou délits commis sur sa personne. Le projet admettait encore une autre sorte d'abandon, c'est l'abandon matériel indépendant de la volonté des parents (art. 6).

Tout mineur non émancipé trouvé en état d'abandon matériel est soumis à la garde soit de l'assistance publique, soit d'un établissement privé ou d'une société de patronage (art. 4).

S'il est abandonné moralement ou maltraité, la garde

de sa personne peut être enlevée aux parents ; le procureur de la République doit prendre l'initiative de cette mesure.

Tel est le projet : remarquons simplement en passant, que la loi du 24 juillet 1889 est allée beaucoup plus loin dans les innovations.

§ 2. — *Projet du gouvernement*

Le huit décembre 1881, M. Jules Cazot, ministre de la justice, présentait également au Sénat au nom du gouvernement un projet qui venait compléter la proposition Roussel (1).

Une commission fut nommée et chargée d'examiner les deux projets. Quelques mots seulement du projet du gouvernement (2).

I. *Déchéance de la puissance paternelle.* — Il est plus radical et plus hardi que le premier. En effet, au lieu d'apporter à la puissance paternelle une simple atténuation consistant dans le retrait du droit de garde, le projet adopte en principe la déchéance complète de la puissance paternelle dans certaines circonstances spéciales.

Loin d'admettre que les tribunaux aurent le droit, en présence de faits d'indignité ou d'incapacité de la part du père, de régler légalement la garde et l'éducation de l'enfant, le projet part d'un autre point de vue : il tend à

(1) *J. Off.*, décembre 1881, Sénat, Doc. parlem., p. 865.

(2) Cette commission était ainsi composée : MM. Victor Schœlcher président, Théophile Roussel secrétaire-rapporteur, Xavier Blanc, Parent, de Rozière, Huguet, Hébrard, Delacroix, Jules Simon.

généraliser la disposition de l'article 335 du Code pénal avec toutes ses conséquences. Là se trouve puni un des faits les plus graves qu'on puisse reprocher à un père ; l'analyse permet de rechercher les caractères des faits qui devront d'après le projet produire les mêmes résultats. C'est d'abord un fait délictueux affectant la personne et la moralité de l'enfant et prouvant chez son auteur une dépravation habituelle. Chaque fois qu'on se trouvera en présence d'un fait de cette nature on prononcera la déchéance *de plano*. Mais si le fait manque d'un de ces caractères, si les circonstances de l'immoralité sont atténuantes, la déchéance ne sera plus encourue *de plano* ; elle ne sera plus absolue, car la puissance paternelle se compose d'un certain nombre d'attributs qui peuvent être séparés les uns des autres. Elle se prête facilement à des limitations partielles qui permettront ainsi de graduer la peine.

Le projet de loi admettait en conséquence deux sortes de déchéances : les unes sont absolues, les autres ne portent que sur certains des droits constitutifs de la puissance paternelle. En outre, dans l'application de la déchéance, le projet propose des mesures différentes : tantôt elle est encourue *de plano*, tantôt elle est facultative. Le projet se résume en deux mots : généralisation de l'article 335 du Code pénal et extension aux pères indignes de l'article 444 (C. c.) (1).

Que faut-il entendre d'après le projet par déchéance

(1) Cette généralisation de l'article 335 C. p. qui a été admise dans la loi de 1889, fait cesser toute discussion sur la question de savoir si la déchéance est encourue *de plano* d'après l'article 335 ou si elle doit être prononcée dans le jugement de condamnation. V. plus haut, chapitre IX, section I.

absolue ? Les auteurs de la proposition, sans perdre de vue un seul instant tous les droits attachés à l'autorité paternelle, tant par le titre IX du Code civil que par un certain nombre d'autres dispositions de loi, n'ont pas voulu enlever au père indigne cet ensemble de droits. Du reste n'aurait-on pas pu reprocher au projet d'aller beaucoup trop loin ? Oui évidemment, car il est inutile d'enlever aux parents ceux des droits qui ne constituent pas dans leur exercice un danger pour l'enfant. Subsisteront donc les droits au secours alimentaire et au respect (art. 205, 371, C. c.).

Le projet organisait à l'égard des cas de déchéance facultative ce que l'on appelait dans l'exposé des motifs, le renvoi de droit. Lorsqu'un tribunal répressif édicte une peine contre un père, on conçoit deux systèmes possibles : ou bien la juridiction répressive prononce, outre la peine principale, la peine accessoire, dans l'espèce la déchéance de la puissance paternelle ; ou bien cette juridiction peut renvoyer la connaissance de la peine accessoire à la juridiction civile qui appréciera à son tour les faits d'indignité et statuera *cognita causa*. Mais ce renvoi ne sera de droit que lorsque les faits, bien que n'entraînant pas une déchéance *de plano*, seront cependant d'une gravité telle qu'il y aura urgence pour l'enfant à obtenir protection. Le tribunal civil n'est pas saisi de plein droit ; c'est le procureur de la République qui le touchera de l'affaire.

Le renvoi de droit ne sera pas prononcé, lorsque les faits qui peuvent occasionner la déchéance, ne sont pas cependant assez graves pour exiger d'urgentes mesures de précaution dans l'intérêt de l'enfant : c'est ce qui arrivera toujours au cas d'inconduite notoire ou d'ivresse habituelle.

Il y a d'après le projet intérêt à distinguer, selon que le renvoi aura été ordonné ou que la demande en déchéance sera intentée par un membre de la famille. Est-ce un renvoi de droit ? La déchéance sera absolue et complète. Se trouve-t-on au contraire en présence d'une requête ? Le tribunal souverain appréciateur des faits pourra décider que la déchéance ne sera que partielle.

Seront recevables à intenter cette action le conjoint, les ascendants et le ministère public sous certaines conditions. Il est à remarquer que la proposition est moins large que le Code civil qui, au cas d'interdiction (art. 490, C.), donne ce droit à tout parent. On a dans la mesure du possible cherché à éviter ainsi les haines, les dissensions, les luttes de famille qui seraient la conséquence d'une initiative prise dans cette circonstance. C'est là la pensée qui a inspiré le projet.

La demande s'introduit par une requête au président du tribunal ; aucun préliminaire de conciliation n'est imposé ; le conseil de famille peut être convoqué à l'effet de donner son avis, mais sa réunion n'est pas nécessaire.

Sur le vu des pièces du procès, après examen des renseignements préliminaires qui peuvent être fournis, le tribunal a le droit d'ordonner des mesures provisoires.

L'appel du jugement définitif est de droit ; le projet apporte sur ce point une innovation : les délais seront ceux du Code d'instruction criminelle relativement aux jugements correctionnels. On verra que cette innovation dangereuse et inutile à notre avis a été maintenue dans la loi de 1889.

La demande s'instruit en chambre du conseil : elle n'est soumise à la publicité de l'audience que lorsque l'enquête est parachevée. Si le père consent même à se soumettre à la demande, le jugement seul est public.

Signalons cette disposition de la proposition : si au premier examen superficiel de la requête, le tribunal juge qu'elle n'est pas soutenable et si le procureur de la République est d'avis conforme, le tribunal peut la rejeter *de plano*.

La demande peut être intentée par le procureur de la République ; tantôt il agit sur la plainte de personnes qui sans vouloir prendre elles-mêmes l'initiative, préfèrent appeler son attention : tantôt il agit de son chef, mais dans ce cas, il lui faut l'avis du conseil de famille.

Supposons le père déchu ; qui va s'occuper de l'enfant ? La mère, répond-on. Mais cette mère, bien que n'étant pas personnellement indigne d'exercer la puissance paternelle, n'offrira peut-être pas toutes les garanties désirables. La vie commune peut n'être pas rompue. Ne sera-t-elle pas dès lors soumise à l'influence de son mari et placée entre ses deux devoirs devenus contradictoires et opposés, ses devoirs d'épouse, ses devoirs de mère ? Aussi l'article 9 du projet permet-il au juge de s'inspirer des circonstances et de ne désigner la mère que si elle lui présente des garanties suffisantes de moralité, de conduite et surtout d'indépendance vis-à-vis de son mari.

Le projet ne trouvait pas dans la législation de précédents : cependant n'y avait-il pas des cas dans lesquels cette situation se présentait fatalement ? Nous l'avons indiqué déjà : elle se rencontrait au cas d'application de l'article 335 (C. p.) et de l'article 2 de la loi du 7 décembre 1874.

Cette lacune qui existait sous l'empire de ces deux dernières dispositions de loi, était comblée par le projet, qui du reste avait eu son attention attirée sur ce point qui avait échappé aux législateurs antérieurs, en raison de ce qu'il augmentait considérablement le nombre des orphelins légaux.

Si le père est déchu et si la mère n'est pas investie par le tribunal de l'autorité paternelle, il y a ouverture à tutelle. C'est le conseil de famille qui en principe, lors de sa réunion par le juge de paix, désignera le tuteur. La proposition de loi se montre encore ici extrêmement prudente : la famille peut elle-même être gangrenée ou bien il y a impossibilité de la réunir ou bien encore il y a à redouter que les mesures prises contre le père ne soient pas respectées par le tuteur ; alors intervient l'assistance publique à laquelle sera confiée sous la surveillance de l'Etat la tutelle de cet orphelin légal.

Les administrations particulières, les particuliers, les établissements privés pourront être également investis de cette tutelle mais toujours sous le contrôle de l'Etat.

Dans le sein de la commission chargée d'étudier ce projet, un certain nombre de dissentiments s'étaient produits relativement à cette question de la tutelle : les uns voulaient que le tribunal pût désigner lui-même le tuteur ; les autres demandaient qu'on cherchât par tous les moyens à créer autour de chaque enfant une nouvelle famille en les plaçant chez des particuliers sous la surveillance d'un conseil de famille et de tutelle cantonale.

Cette proposition n'eut pas d'écho dans la commission qui préféra s'en rapporter à l'assistance publique.

II. *Délaissement.* — La seconde partie du projet du gouvernement a trait aux enfants délaissés. Sont délaissés les enfants dont les parents refusent ou sont dans l'impossibilité de remplir leurs devoirs de surveillance et d'éducation. Seule la charité privée s'était intéressée jusqu'ici à leur sort, mais il rentrait dans le but des lois proposées au Sénat de donner à la charité privée un appui légal propre à lui permettre d'exercer légalement sur eux un droit de surveillance. Les enfants sans

famille ont une situation qui est régie par la loi ; les enfants envoyés dans les maisons de correction sont soumis à l'éducation correctionnelle ; le titre I réglait la situation des enfants dont les parents étaient déchus de leur puissance paternelle ; il ne restait ainsi que les enfants délaissés auxquels l'assistance publique ferme ses portes ; on devait enlever aux parents le moyen de venir obstruer les tentatives de la charité publique. Ces enfants délaissés ou indigents sont souvent recueillis dans une assez forte proportion par des établissements privés sur lesquels l'Etat n'avait jamais exercé le moindre contrôle (1).

Une enquête a été faite dans toute la France ; il en résulte qu'aucun doute n'est possible sur les conditions déplorables dans lesquelles se font les placements d'enfants. Ce qui constitue l'obstacle le plus sérieux à l'œuvre des sociétés de charité, c'est l'absence de moyens légaux opposables aux abus des parents. Au moment où l'enfant va donner des résultats appréciables au point de vue du travail, de l'honnêteté et de la moralité, les parents le retirent brusquement afin de l'exploiter. Une loi s'imposait donc, enlevant aux parents partie de leurs droits

(1) *J. O.*, Décembre 1881. Sénat. Doc. parl., p. 861.

« Dans plusieurs grandes villes, particulièrement dans les départements du Midi, les établissements de charité, moyennant une aumône, font figurer leurs pupilles aux funérailles, aux messes de neuvaine, aux quarantaines et au bout de l'an des personnes riches. Les enfants ne devraient pas être ainsi détournés des travaux de leur âge et offerts en spectacle pour servir à la vanité des familles opulentes et recueillir par là une aumône. Il est à désirer qu'on puisse supprimer ces tristes exhibitions. Dans d'autres localités, Auxerre notamment, les enfants figurent aux mariages. Ces expositions sont moins lugubres que les précédentes, mais elles sont aussi immorales. »

et les reportant sur les établissements de charité. La difficulté était de faire la conciliation entre le principe de la puissance paternelle qui subsiste entière et l'intérêt social. Elle est encore augmentée par ce caractère d'ordre public que revêt dans notre législation la puissance paternelle. Conçoit-on facilement un moyen qui sans choquer les idées reçues, permette de transiger ou de contracter valablement avec cette puissance ? On a répondu que ces craintes n'avaient rien de fondé et que la puissance paternelle par cette raison même qu'elle est d'ordre public, devait être surveillée d'une façon étroite par la société. Il n'y a donc aucune atteinte portée à nos principes de droit. Partant de cette idée extrêmement féconde en conséquences, le projet admet que l'on a le droit d'imposer certaines restrictions aux parents dans l'intérêt de l'enfant : c'est cet intérêt lui-même qui donnera la mesure des atténuations rendues nécessaires.

Il suffisait, et le projet l'a fait, de donner à la charité publique les mêmes droits et les mêmes avantages que ceux conférés aux maisons correctionnelles par l'article 66 (C. p.). La puissance paternelle subsiste ; elle n'est modérée que dans la limite des nécessités matérielles et morales de l'enfant.

Le projet donne à la charité publique le droit de garde, le droit d'éducation et le droit de correction. Comme l'enfant gagnera quelque argent, l'administration de ce pécule sera confiée aux personnes qui détiennent l'enfant.

Ajoutons encore que cette protection ne s'étendra sur l'enfant que jusqu'à sa majorité. Cependant les établissements privés auront le droit de consentir à un enrôlement volontaire.

Aux termes de l'article 17, tout particulier qui

demandera à être chargé de la garde d'un enfant délaissé devra justifier qu'il a un domicile et qu'il jouit de ses droits civils. Les établissements privés de bienfaisance et les administrations d'assistance publique ont le droit de réclamer la garde de ces êtres.

Un contrat intervient en conséquence ; il est soumis pour sa validité à l'approbation du juge de paix du domicile des père et mère ou du tuteur de l'enfant. Les père et mère ou le tuteur muni de l'avis conforme du conseil de famille peuvent passer ce contrat.

Le juge de paix doit donner son avis dans la quinzaine : c'est un acte de juridiction gracieuse, par conséquent non susceptible d'appel. Les difficultés d'exécution du contrat rentrent alors dans la juridiction contentieuse : elles sont de la compétence du juge de paix de la résidence de l'enfant contrairement à l'adage « *actor sequitur forum rei* » (art. 18). On attribue ainsi au contrat une physionomie réelle.

Les derniers articles du titre 2 passent en revue toute une série d'hypothèses spéciales dont il faut dire deux mots.

Jusqu'ici on suppose que l'enfant délaissé ne peut indiquer ses parents et leur résidence ; que décider à l'égard de l'enfant rencontré errant dans la rue (1) ou perdu par les parents ? L'abandon peut n'être pas volon-

(1) Les Anglais appellent cet enfant d'un nom pittoresque, *arab boy*, ou arabe des rues. Voici comment les décrit M. Brueyre (p. 748) : « Ils errent par les rues, se livrent à toutes sortes de métiers interlopes et deviennent peu à peu les recrues du vice et de la débauché. De quoi vivent-ils ? Pour les filles, même non nubiles, point n'est besoin de répondre ; pour les garçons, ils vivent de métiers innomés, ils ramassent les bouts de cigares, ouvrent les portières, distribuent des contre-marques, etc... »

taire, de même qu'à l'inverse il peut se faire qu'il soit intentionnel. Si cependant un établissement privé le recueille, il doit s'attendre un jour à voir cet enfant réclamé par les parents qui auront appris sa retraite. Ne doit-on pas, si l'abandon n'a pas été volontaire, respecter la puissance paternelle ? D'autre part ne faut-il pas se montrer circonspect à l'égard d'une réclamation produite souvent très tardivement ?

Les articles 20, 21, 22 édictent un certain nombre de mesures destinées à concilier l'intérêt de l'enfant avec l'autorité paternelle.

A peine d'amende, les établissements privés, les particuliers, les administrations d'assistance publique doivent déclarer dans un certain délai et sous certaines formes, au maire de leur résidence, qu'elles ont recueilli tel enfant, en y adjoignant tous renseignements utiles. Les maires adressent ces déclarations au préfet qui les centralise pour son département. Si dans un certain délai, les parents n'ont pas réclamé l'enfant, le droit de garde passe à l'établissement qui l'a recueilli.

Telles sont les grandes lignes de la proposition du gouvernement. Nous nous sommes à dessein étendu sur certains points, car la plupart de ses dispositions ont été adoptées en 1889.

Le projet du gouvernement est plus général et plus complet que celui de MM. Roussel, Schœlcher, etc... Il est plus mûri et l'enquête à laquelle il a été procédé dans toute la France, à l'instigation de la commission parlementaire, lui a apporté de nombreux renseignements qui avaient manqué complètement aux auteurs de la première proposition.

L'innovation est plus franche et plus radicale, puis-

qu'elle va jusqu'à prononcer la déchéance de la puissance paternelle dans un grand nombre de cas, tandis que le projet Roussel ne prévoyait aucune cause de déchéance ; ce dernier ne parle en effet que de la privation du droit de garde (art. 7).

Le projet du gouvernement fut renvoyé à la commission déjà nommée pour examiner la proposition de M. Roussel et de ses collègues.

§ 3. — *Travaux de la Commission parlementaire.*

La commission se mit à l'œuvre et, le 25 juillet 1882, M. Th. Roussel son secrétaire-rapporteur, déposait sur le bureau du Sénat son rapport accompagné de deux volumes de documents. Huit mois avaient été consacrés par elle à l'élaboration de ce travail, le plus complet qui ait jamais été fait sur cette matière. Ce qui frappe dans ce travail savant et consciencieux, c'est la part considérable faite à la législation comparée. A cet effet, M. Schœlcher, l'un des membres de la commission, parcourait l'Angleterre et visitait les plus notables de ses établissements de charité. D'autre part, M. Th. Roussel étudiait en Suisse, et M. Parent en Belgique et en Hollande. Leurs voyages devaient produire des fruits ; ils rapportaient ainsi à leurs collègues les résultats appréciables de leurs observations personnelles. On ne saurait trop, en effet, dans les matières de ce genre, s'inspirer de l'expérience : on procède le plus souvent par tâtonnements et la méthode empirique dans les questions sociales est un guide fidèle et sûr. Les proportions que nous assignons à cette étude ne nous permettent pas d'entrer dans le détail de ce travail. Nous n'en retracerons que les grands points.

Ce qui frappe les moralistes, c'est une augmentation de la criminalité du jeune âge. Ce même phénomène s'est produit en Amérique, en Angleterre, en Allemagne, en un mot un peu dans tous les pays. Il y a là un mal qu'il faut enrayer. Chaque peuple s'y est pris différemment, mais tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'une mauvaise organisation de la puissance paternelle en est la cause principale.

Les divergences dans les législations positives proviennent surtout de ce que les unes sont imbuës de la conception romaine, alors que les autres ont subi l'influence des idées germaniques.

Le rapport passe ainsi en revue la législation anglaise. M. Schœlcher décrit le mécanisme des différents établissements de bienfaisance qui fonctionnent dans ce pays. C'est notamment l'asile pour garçons et filles abandonnés, fondé par le docteur Bernardo (1) et les écoles industrielles légalisées et les écoles de réformation (2).

A M. Parent échet la mission d'étudier la législation suisse, dans laquelle on trouve organisée l'assistance publique. Chaque canton a des règles particulières, différentes les unes des autres ; le principe général est toujours le même. Un grand nombre d'établissements privés existent dans ce pays et exercent leur salubre influence sur la classe malheureuse de la société.

M. Th. Roussel a décrit la Belgique et la Hollande : dans ces deux pays des sociétés agricoles ont été fondées. Par le travail des champs, on cherche à régénérer les

(1) J. O. Sénat, 1883. Annexes, p. 583.

« *Home for destituted lads and girls.* »

(2) « *Certified industrial schools* » et « *reformed schools.* »

enfants abandonnés ; à l'oisiveté dangereuse des villes on substitue le travail utile et moralisateur.

En Allemagne, nous trouvons une grande divergence entre les différents États ; en Prusse, une loi du 13 mars 1878, très longue et très détaillée, a organisé l'éducation forcée des enfants moralement abandonnés (1).

Nous n'insisterons pas plus longtemps sur ces différentes législations, dont un exposé trouvera mieux sa place au chapitre spécial de la législation comparée. Cette série de rapports devait être d'une grande utilité pour le Sénat, car une fois de plus encore, les lois sur les questions sociales ne peuvent provenir de conceptions *a priori*. L'étude des législations étrangères devait guider nos premiers pas dans cette voie. Ajoutons que ces rapports laissaient une large place à l'examen des questions financières. Il ne s'agit pas de promulguer une loi, il faut encore en rendre l'exécution pratique et possible ; aussi, doit-on chercher à alléger les charges déjà bien lourdes de l'assistance publique et de la charité privée.

La commission réunit les deux projets dont elle avait été saisie ; elle n'en fit qu'un seul composé de quarante-neuf articles ; il fut très longuement discuté au Sénat où il vint pour la première fois en discussion publique le 29 avril 1883 (2).

(1) *J. Off.*, Rapport de M. Roussel. S. 1883. Annexes, p. 663.

(2) *J. Off.*, D. P. S., 1883, 1^{er} mai, p. 423 ; 5 mai, p. 438 ; 10 mai, p. 461 ; 17 mai, p. 483 ; 19 mai, p. 499 ; 21 mai, p. 517 ; 22 mai, p. 529 ; 24 mai, p. 553 ; 26 mai, p. 558 ; 2 juin, p. 618 ; 12 juin, p. 676 ; 3 juillet, p. 807 ; 5 juillet, p. 824 ; 7 juillet, p. 834 ; 10 juillet, p. 855.

§ 4. — *Étude du projet de la Commission
parlementaire du Sénat.*

Le projet comprend quarante-neuf articles dont vingt-quatre appartiennent, sauf quelques modifications de détail, à celui du gouvernement. Les autres proviennent soit du projet primitif de M. Roussel, soit de celui de la commission. Le projet est divisé en cinq titres.

Le principe de la loi est posé par l'article 1^{er} : « Est de plein droit placé sous la protection de l'autorité publique, tout mineur qui se trouve abandonné, délaissé ou maltraité. » Ce texte est manifestement le même que celui de l'article 1^{er} du projet Roussel. Ainsi, trois classes d'enfants : les uns abandonnés, les autres délaissés, les autres enfin maltraités. Les articles III, IV, V, définissent chacune de ces catégories. Sont abandonnés, ceux que l'assistance publique a le droit de recueillir sans craindre jamais l'intervention de la puissance paternelle. Les mineurs délaissés ou maltraités sont juridiquement parlant, ceux qui sont encore soumis à l'autorité paternelle qui peut venir à tout instant opposer un obstacle légal à l'assistance publique. C'est le juge de paix qui a compétence pour indiquer les mesures provisoires à prendre dans leur intérêt. Les articles suivants désignent les modes de placement définitif des enfants et les rouages de la surveillance dont ils vont être désormais l'objet. Le reste du titre I règle la manière dont les parents pourront à un moment donné réclamer leur enfant volontairement abandonné et les conditions auxquelles ils devront satisfaire pour qu'il leur soit remis. S'y trouvent également comprises les prescriptions imposées à la charité privée pour obtenir la garde de ces mineurs ainsi que les

règles concernant l'appel des décisions du magistrat cantonal.

Le titre II n'est que le résumé du projet du gouvernement concernant les enfants délaissés. Il ne se compose que de trois articles, qui rendent le désistement des parents légal et en même temps opposable à ceux-ci par l'établissement de charité.

Dans le titre III rentrent les dispositions spéciales à la déchéance de la puissance paternelle; une modification a été introduite dans le titre correspondant à celui du projet du gouvernement : c'est une mesure spéciale, la suspension de la puissance paternelle pendant un certain temps. Cette innovation est due à M. Humbert, garde des sceaux.

Le titre IV organise la tutelle. On se rappelle que dans le projet primitif on n'avait pas eu à organiser la tutelle, puisqu'aucune déchéance n'était encourue. Au surplus, on n'avait pas voulu en réglementer une pour les deux hypothèses prévues l'une par l'article 335 C. p. et l'autre par les articles 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874. Le projet du Gouvernement donnait aux Tribunaux le pouvoir d'examiner dans chaque espèce, s'il y avait lieu à une tutelle de droit commun ou s'il fallait au contraire la confier à l'assistance publique.

Le projet soumis en 1883 au Sénat innovait sur ces points : ou était parti de cette idée que la tutelle non individuelle ne produit aucun bon résultat et qu'il fallait à tout prix revenir à la tutelle véritable du droit civil, seule capable d'établir un lien de reconnaissance ou d'affection entre le tuteur et son pupille. Aussi, d'après la proposition de la commission, si l'autorité compétente n'a pas nommé de tuteur répondant à cette vue, c'est au préfet qu'appartient la tutelle, mais ce magistrat par un

simple acte administratif peut s'en décharger et la déférer à une personne digne et consentante. La dernière partie du projet, le titre V, s'occupe de la surveillance et des questions financières de l'œuvre.

Après des discussions qui n'occupèrent pas moins de quinze séances, l'ensemble du projet de la commission fut adopté avec quelques modifications de détail.

Pendant que le Sénat discutait la proposition, un de ses membres M. Bérenger, dont la profonde connaissance de toutes ces questions sociales est unanimement reconnue et qui avait pris lui-même une part très active à la discussion, faisait la présentation d'un autre projet de loi sur la protection de l'enfance abandonnée. Le dépôt eut lieu à la séance du 14 juin 1883 (1). Nous ne dirons que quelques mots de ce projet qui, suivant la pensée de son auteur, n'avait d'autre but que de remédier aux inconvénients graves qu'il prétendait trouver dans celui soumis alors à l'approbation du Sénat. M. Bérenger reprochait à celui-ci d'avoir apporté un trouble profond dans les habitudes de la charité. Jusque là pour les établissements privés de bienfaisance, le régime avait été celui de la liberté entière. Aujourd'hui le projet bouleverse sans raison cet état de choses et met à la place le régime de l'autorisation soumise à un formalisme gênant et qui n'aura d'autre résultat que de décourager un grand nombre de personnes charitables. L'assistance officielle elle-même voit changer sa réglementation : elle aussi n'échappera pas à l'inquisition permanente de l'administration.

La nécessité de ces changements, M. Bérenger ne la

(1) *J. O. Sénat. Doc. parl.*, p. 827.

voit nulle part. On est allé trop loin en second lieu, en modifiant les dispositions du Code civil sur la tutelle et la puissance paternelle. Point n'était besoin d'après lui d'enlever cette somme considérable de droits au père de famille : il suffisait d'adopter le projet primitif de M. Th. Roussel et de ses collègues qui se bornait à le priver du droit de garde, d'éducation et de correction. Le projet de M. Béranger fut renvoyé à la commission. Le vote du Sénat du 10 juillet 1883 mit un terme à toutes ces discussions.

§ 5. — *Le projet de la commission devant la
Chambre des députés.*

Pour devenir une loi, le projet voté au Sénat devait être adopté par la Chambre des députés. La présentation fut faite à la Chambre par M. Martin-Feuillée, alors ministre de la justice, le 27 juillet 1883 (1). Un exposé des motifs accompagnait le projet (2). Une commission (3) prise dans le sein de la Chambre fut nommée à l'effet de l'examiner ; elle l'accepta à part quelques changements de détail. En conséquence, M. le député Gerville-Réache, rapporteur, déposa son rapport sur le bureau à la séance du 26 mai 1884 (4). Ce rapport n'est que le résumé de celui si complet, si savant de la commission du Sénat.

(1) *J. Off.* du 28 juillet 1883. Ch. D. parl., p. 1935.

(2) *J. Off.* Doc. parl. Ch., nov. 1883, p. 1418.

(3) Cette commission se composait de MM. Couturier président, Pelisse secrétaire, Bacquias, Bonnet, Noël-Parfait, Ferdinand Dreyfus, Duchasseint, Escande, Rameau, Bellot. Gerville-Réache.

(4) Dépôt. *J. Off.*, 27 mai 1884. Deb. p. ch., p. 1154. — Texte. *J. Off.*, 1 nov. 1884. Ch. Annexes, p. 861.

Frappé des difficultés budgétaires nombreuses qu'offrait la réalisation de ce vaste projet au cas où la loi viendrait à être votée par la Chambre et désireux d'en assurer la prompte et complète exécution pratique, M. Couturier, président de la commission, proposait avec l'appui de la plupart des membres de la commission et de soixante-dix-neuf membres de la Chambre la création d'une caisse de dotation pour les enfants maltraités, délaissés ou abandonnés. Cette caisse devait être alimentée par le produit de toutes les successions *ab intestat* à partir du 7^e degré ; les prévisions portaient à dix millions environ les revenus de ce chef. Le principe de cette innovation fut accepté par la commission ainsi que par celle du budget. Malheureusement toutes ces longues discussions, toutes ces patientes recherches, tous ces travaux devaient rester infructueux et venir se heurter à ce principe de notre droit public : la Chambre des députés venait de voir expirer son mandat. La loi n'avait pu être votée avant cette époque fatale. Tout était à refaire.

III. SECTION

PROJETS SOUMIS A LA CHAMBRE DEPUIS 1886

Le 13 juillet 1888 M. Gerville-Réache présentait à la Chambre nouvelle une proposition de loi identique à celle qu'il avait déjà faite en 1884. Comme le précédent, voté seulement par le Sénat, le nouveau projet se divise en cinq titres : 1^{er} titre : des mineurs abandonnés, délaissés ou maltraités. Des mesures concernant le placement, la garde, l'éducation et le patronage des dits mineurs.

2^e titre : de la protection des mineurs en cas d'incapacité des parents ou tuteurs de remplir leurs devoirs de surveillance et d'éducation. — 3^e titre : de la protection des mineurs en cas d'indignité des parents ; de la déchéance et de la suspension de la puissance paternelle ; de la réhabilitation des parents déchus. — 4^e titre : de la tutelle des mineurs abandonnés, délaissés ou maltraités. — 5^e titre : dispositions générales concernant l'exécution de la loi, mesures concernant l'éducation des mineurs destinés à la marine ou à l'armée ; des mineurs infirmes, estropiés, épileptiques et des mineurs insubordonnés ou vicieux. Règlement d'administration publique. Dispositions financières. La simple nomenclature des titres prouve que la loi embrassait d'une façon complète la protection de l'enfance malheureuse. La première commission nommée à l'effet d'examiner (1) le projet, se réunit rapidement et à la date du 13 novembre 1886 elle faisait un rapport sommaire confié à la rédaction de M. Escande. A l'unanimité elle émettait le vœu de voir prendre en considération par la Chambre la proposition de M. Gerville-Réache.

« Aucune proposition, disait le rapport (2), ne peut
« vous être présentée qui réunisse mieux et plus complè-
« tement les conditions qu'exige la discussion parlemen-
« taire, études complètes, pression de l'opinion publique,
« réalisation partielle de la réforme proposée, tout s'a-

(1) Cette commission était ainsi composée : MM. Colfavru, président, Sarlat, secrétaire, Jacquier, Récipon, Bourgeois (Jura), Remoiville, Journault, de Châtenay, Ducroz, Creuzé, Mathé (Seine), Leblanc, Michelin, Escande, Duvaux, Bourganel, Pradon, Hérisson, Michel, Galpin, Dureau de Vaulconte, Louis Legrand.

(2) *J. Off.*, Doc. parlam., Ch. Session extraord., mai 1887, p. 1156.

« joute à l'incomparable intérêt que soulève le fond de la
« question elle-même, pour vous décider, car toute hésitation, tout retard même, a pour conséquence la chute
« morale et la dégradation physique de quelques enfants.
« Le Parlement s'empressera donc d'accomplir les formalités exigées par le règlement et d'aborder en séance
« publique la solution de ce grand problème social » (1).

La prise en considération fut votée le 20 novembre 1886. Conformément au règlement, la discussion eut lieu dans chaque bureau ; une nouvelle commission fut ensuite nommée. Elle se composait cette fois de MM. Boreau-Lajanadie, président, Jacquier, Mathé, de Châtenay, Steeg, Gerville-Réache, Sigismond Lacroix, secrétaire, Crozet-Fourneyron, Daniel Lamazière, Versigny.

(1) En 1883, sous les auspices de la Société Bonjean, s'était réuni au Trocadéro un congrès international de la protection de l'enfance, auquel étaient représentées vingt-quatre nations. Le congrès vota un certain nombre de vœux concernant les questions relatives à la protection des enfants du premier âge et à l'enfance abandonnée. Voici ceux qui ont trait plus particulièrement à notre sujet : Le congrès émet le vœu qu'avec l'appui de tous les gouvernements, il soit dressé une statistique internationale pour les enfants abandonnés (1^{er} vœu) ; le congrès admet le principe de la déchéance paternelle pour frapper les parents indignes ou incapables dans certains cas à déterminer par la loi (3^e vœu) ; le congrès demande que des mesures légales permettent aux particuliers et aux œuvres protectrices de l'enfance de conserver la garde des enfants abandonnés qui leur auront été confiés ou qu'ils auront recueillis (4^e vœu) ; que les pouvoirs publics, lorsqu'ils auront à déléguer la tutelle, veuillent bien s'inspirer du choix des personnes qui se seront occupées de l'enfant le plus spécialement (5^e vœu) ; et que le contrôle de l'Etat s'exerce en ce qui concerne les enfants abandonnés dans la mesure et sous les mêmes formes que pour tous les autres enfants placés dans les familles, dans les établissements industriels ou dans les établissements d'éducation (6^e vœu).

Au lieu de procéder à l'examen complet du projet, ce qui aurait exigé beaucoup de temps et qui aurait occasionné des lenteurs, de longues discussions, des atermoiements continuels et finalement un résultat négatif comme celui obtenu sous l'ancienne législature, on se borna à distraire deux titres dans l'ensemble, l'un concernant la déchéance de la puissance paternelle, l'autre relatif au délaissement des enfants par leurs parents. Seuls ces deux titres sont passés dans la loi de 1889 ; les autres sont encore aujourd'hui à voter.

La commission déposa son rapport à la séance du 12 janvier 1889. De son côté, le gouvernement ne restait pas indifférent : il semble, en effet, qu'il ait tenu comme en 1881, à prendre concurremment avec le Parlement l'initiative de cette loi généreuse. Malgré toutes les patientes recherches faites depuis 1881, indépendamment des études si savantes et si complètes de M. Roussel et d'un certain nombre de ses collègues, en dépit de la discussion et de l'adoption par le Sénat en 1883, nonobstant la proposition renouvelée en 1886 par M. Gerville-Réache, le gouvernement tint à honneur de ne laisser absolument rien à l'imprévu. Déjà en 1887, une somme de cinquante mille francs avait été inscrite au budget pour faire face aux frais d'une enquête sur les questions financières de la loi projetée. Une partie des résultats étaient déjà connus ; le gouvernement crut devoir encore recourir à la sagesse du conseil d'État.

Ce corps se réunit à diverses reprises. Il résulte du savant rapport présenté par M. Courcelle-Seneuil, conseiller d'État, que quelques modifications seulement doivent être apportées au projet du gouvernement. Cependant l'idée d'une refonte complète était venue au conseil d'État, mais au dernier moment il s'était arrêté, inspiré par « la

« déférence que mérite le projet présenté, à cause de
« ses origines et parce que sa discussion avait montré
« certaines préoccupations de l'opinion publique dont il
« fallait tenir compte » (1.)

Dans sa prévoyance et dans son grand désir de faire une loi irréprochable à tous égards, le gouvernement ne s'en tint pas seulement à l'avis du conseil d'Etat. Le conseil supérieur de l'assistance publique fut saisi également et appelé à donner les avis précieux que pourraient lui inspirer son expérience et sa longue pratique. Une commission avait été nommée dans son sein, sous la présidence de M. Jules Simon ; le secrétaire fut M. Brueyre, ancien chef de la division des enfants assistés à l'Assistance publique de la Seine. Le conseil supérieur adopta, sauf quelques changements de détail, le projet du gouvernement.

C'est ainsi que le projet présenté au nom du gouvernement par M. Floquet, président du conseil, ministre de l'intérieur, et M. Ferrouillat, ministre de la justice, comprenait à titre de documents annexes :

1° Le rapport de M. le directeur de l'assistance publique au président du conseil, ministre de l'intérieur ;

2° Le projet de loi soumis au conseil d'État par M. le garde des sceaux et au conseil supérieur par M. le ministre de l'intérieur ;

3° Le rapport présenté au conseil supérieur de l'assistance publique au nom de la section des services de l'enfance par M. Brueyre ;

4° Le projet présenté par la section des services de l'enfance, avec l'indication en marge des modifications apportées à ce projet par le conseil supérieur ;

(1) *J. O.*, 24 avril 1889. Session extraord. du 22 déc. 1888, p. 752.

5° Le texte adopté en assemblée générale par le conseil d'État dans ses séances des 7 et 28 juillet 1888.

Les proportions de cette étude ne permettent pas de faire un examen détaillé de ces différents rapports ; il suffira, lors de l'examen de chacun des articles de la loi de 1889, d'exposer les différentes discussions dont ils ont été l'objet dans le sein de ces diverses assemblées.

Dans le but d'arriver le plus promptement possible à la promulgation de cette loi, la commission parlementaire scinda le projet et ne retint que les titres concernant la déchéance de la puissance paternelle et le délaissement des enfants. En outre, elle abandonnait le projet de M. Gerville-Réache et s'en rapportait à celui du gouvernement. On ne saurait trop approuver la commission d'avoir, par cette mesure sage et prudente, permis le vote de cette loi attendue impatiemment depuis si longtemps. La première délibération eut lieu le 19 mai 1889 et, le même jour, en première lecture, la loi était adoptée sans discussion. Le 25 mai, le projet revenait à nouveau devant la Chambre des députés et, à part deux propositions d'amendements faites par le président de la commission, M. Boreau-Lajouradie, elle était votée sans discussion. La présentation eut lieu au Sénat par MM. Constans, ministre de l'intérieur et Thévenet, ministre de la justice, le 18 juin 1889. M. Th. Roussel, au nom de la commission nommée par le Sénat en 1881, fit son rapport à la séance du 10 juillet. La commission, tout en manifestant son regret des retards que le projet avait subis à la Chambre des députés et des retranchements multiples faits tant par le conseil d'État que par la commission de la Chambre, exprimait cependant le désir formel de voir le Sénat prendre immédiatement en considération cette loi urgente de protection,

qui attendait depuis trop longtemps déjà devant le Parlement.

Mais il était entendu que le Sénat ne renonçait pas à ses vœux de 1883 et que la mutilation subie ne devait être que momentanée. Toutes les autres questions ajournées, devront venir en discussion dès que les résultats de l'enquête faite en France seront connus. Sous l'empire de ces considérations, le projet déposé sur le bureau le 10 juillet, fut admis le même jour à la discussion. A la séance du 13 juillet, le Sénat l'adopta sans soulever la moindre critique. La loi fut alors promulguée à l'*Officiel* du 25 juillet.

CHAPITRE XIII

I^{re} SECTION

ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA LOI DU 24 JUILLET 1889.

La loi du 24 juillet 1889 n'a pas l'étendue des propositions faites soit en 1881 par M. Th. Roussel, en 1882 par le gouvernement, en 1886 par M. Gerville-Réache. Nous l'avons indiqué lors de l'historique de la loi : elle n'a d'autre but que de protéger les enfants contre les parents indignes, en permettant de prononcer contre ceux-ci la déchéance de la puissance paternelle et de procurer aux administrations d'assistance publique ou privée le moyen légal de pouvoir s'adonner à l'éducation de ces enfants sans avoir à craindre les retraits ou l'influence pernicieuse des parents.

En 1883, le Sénat avait conçu une entreprise plus générale : on tendait à une protection complète de l'enfance quelle qu'elle soit. Mais en 1889, pour des raisons données déjà, on dut abandonner l'élaboration totale de ce projet et se contenter de réaliser les réformes les plus utiles et les plus urgentes. Ce sont là les préoccupations qui inspirèrent le gouvernement lorsqu'au 27 décembre 1888, il présenta son projet sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés. On écartait ainsi les enfants plus ou moins bien protégés par la loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811 et on ne retenait que les malheureux délaissés ou moralement abandonnés.

D'une façon générale, quelle est l'économie de la loi de 1889. Elle comprend deux titres.

Le titre I^{er} se divise en trois chapitres : l'un relatif à la déchéance de la puissance paternelle, le second traite de l'organisation de la tutelle au cas de déchéance, le III^e est consacré à la restitution de la puissance paternelle. Le titre II renferme les règles relatives à la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention de parents. Si l'on se reporte ainsi au projet voté en 1883 par le Sénat, on remarque que la loi nouvelle n'a retenu que le titre III et quelques articles des titres I à IV.

II^e SECTION

§ I. — *Du principe de la déchéance de la puissance paternelle.*

L'article I^{er} s'exprime ainsi : « Les père et mère et
« ascendants sont déchus de plein droit à l'égard de tous
« leurs enfants et descendants de la puissance paternelle,
« ensemble de tous les droits qui s'y rattachent notamment
« ceux énoncés aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346,
« 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935, du
« Code civil, à l'article 3 du décret du 22 février 1851 et
« l'article 46, de la loi du 27 juillet 1872.

« 1^o S'ils sont condamnés par application du paragraphe 2 de l'article 334 du Code pénal.

« 2^o S'ils sont condamnés soit comme auteurs, co-auteurs, ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants.

« 3° S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs,
« co-auteurs ou complices d'un délit commis sur la per-
« sonne d'un ou plusieurs de leurs enfants.

« 4° S'ils sont condamnés deux fois pour excitation
« habituelle de mineurs à la débauche.

« Cette déchéance laisse subsister entre les ascendants
« et descendants déchus et l'enfant les obligations énon-
« cées aux articles 205, 206 et 207 du Code civil. »

En 1889, lors du vote de la loi on ne souleva contre le principe même de la déchéance aucune contestation. Il n'en avait pas été de même en 1883 : au Sénat M. le sénateur Léon Clément l'avait discuté très vivement ; la réponse a été faite par M. le sénateur Bardoux.

Partant de cette idée que la puissance paternelle est, comme le dit Merlin, un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, admettant à tort que la puissance paternelle en droit français doit être comme la *patria potestas* romaine, M. Clément prétendait qu'il n'appartient pas au législateur d'apporter lui-même une modification quelconque à cette magistrature domestique. C'est un droit naturel que la loi consacre mais qu'elle n'a pas créé ; elle ne peut pas le modifier. Cela est si vrai, dit-on, que le Code civil lui-même n'a établi aucune cause de déchéance. En 1810 le Code pénal a cru devoir en apporter une. Mais encore, combien cette disposition est timide ? En effet, la déchéance n'est prononcée contre le père qu'à l'égard seulement de l'enfant victime des agissements paternels. Peut-on admettre que le législateur ne se soit pas aperçu en votant l'article de la prétendue anomalie qu'il renferme ? Evidemment il l'a sentie, mais cette anomalie est voulue. C'est donc là la preuve manifeste, que le législateur du Code civil comprenant parfaitement la sainteté de cette magistrature domestique basée sur la nature,

n'a pas un seul instant songé à la détruire dans certains cas donnés. Quelle que soit l'indignité du père, il n'en reste pas moins investi de cette puissance paternelle : la loi ne peut supprimer le fait qui lui a donné naissance.

Mais où les critiques de M. Léon Clément sont plus vives, c'est lorsqu'il aborde les cas de déchéance facultative. La tutelle des enfants d'un homme auquel on aura ravi la puissance paternelle pourra être confiée à un étranger qui aura subi des condamnations identiques, qui pourra même ne pas offrir plus de garanties morales. « Il est inadmissible qu'un droit naturel tel que la puissance paternelle, un droit qui importe tant à l'ordre social disparaisse, quand les droits civils, les droits politiques, le droit d'être témoin, le droit d'être juré, resteraient ainsi à l'individu frappé, quand on pourrait le voir électeur, député ou associé même comme ministre à l'exercice des plus hauts pouvoirs de l'Etat » (1).

La procédure n'est pas non plus à l'abri de ces reproches amers : M. Clément la trouve trop rapide, trop brutale. Il critique la façon dont l'action en déchéance est intentée, le choix des personnes auxquelles compète l'action et le pouvoir arbitraire donné aux tribunaux qui vont pouvoir prendre part aux débats les plus sacrés. Exagérant encore ses critiques, M. Clément va jusqu'à reprocher à la déchéance prononcée *de plano* d'être une restauration déguisée de la mort civile. A propos de la déchéance facultative, sa thèse est celle-ci : vous enlevez la puissance paternelle en l'absence même de toute

(1) J. O., se reporter pour toutes ces discussions aux séances des 1, 5 10, 17 mai, etc... Voir page 155, note n° 2.

condamnation pour inconduite notoire, pour ivrognerie habituelle, mais est-ce que vous excluez pour ivrognerie des citoyens d'une liste électorale ? De même pour inconduite notoire ? Si vous leur laissez les droits civils, pouvez-vous leur enlever les droits naturels, ceux qui tiennent à leurs devoirs de famille. Dans la plupart des cas où une déchéance pourra être prononcée, le juge ne pourrait pas enlever à l'individu condamné la jouissance de ses droits civils et spécialement le droit d'être nommé tuteur. Et pour se convaincre de cette anomalie, il suffit de se reporter à l'article 42 du Code pénal qui permet aux juges de prononcer l'interdiction du droit d'être tuteur et en second lieu à la loi électorale qui dans certains cas désigne les citoyens indignes, et de rapprocher le texte de ces deux lois.

Bien plus, dans certaines hypothèses la déchéance prononcée par le Tribunal contre le père arrivera à consacrer une véritable injustice. La mère pourra être privée de cette puissance qui devrait alors se fixer sur sa tête. On craint l'influence du mari ? Mais ne devrait-on pas hésiter à prononcer une peine aussi grave, aussi douloureuse pour la mère qui souvent sera digne à tous égards d'exercer les droits de puissance ? La loi arrive ainsi à déchirer l'unité de la famille. Ces arguments présentés avec beaucoup de vigueur et de talent ne triomphèrent pas.

M. Bardoux fit remarquer que l'argumentation de son collègue partait d'un principe inexact ; la famille actuelle n'est plus celle du Code civil. Des changements profonds sont survenus dans les mœurs. La *patria potestas* romaine a disparu : elle n'est plus qu'un souvenir historique. Aujourd'hui les devoirs du père sont la condition *sine qua non* de ses droits : son premier devoir consiste

à élever l'enfant et à lui inspirer les sentiments d'honneur et de probité. Si la paternité est un fait de nature, la puissance paternelle est comme le mariage d'où elle naît une création de la loi civile : celle-ci organise la famille et les relations qui doivent exister entre ses différents membres ; elle les enchaîne les uns aux autres par des liens qui engendrent des droits et des obligations. Le principe de la puissance paternelle reste inviolable, mais les tribunaux doivent avoir le droit d'en restreindre l'exercice.

Comment expliquer l'article 335 du Code pénal ? N'est-ce pas là le germe de la réforme à accomplir et au surplus cet article ne crée-t-il pas le principe dont il ne reste qu'à déduire les conséquences ? Quant à détruire la famille, c'est aller trop loin, que de voir là le résultat de la loi proposée ; la loi n'a pas pour mission d'exercer une inquisition vexatoire dans le sein des familles ; il suffit que l'indignité éclate au grand jour pour que la déchéance de la puissance paternelle soit prononcée. L'article premier de la loi ne fait qu'étendre la disposition de l'article 334 du Code pénal et corriger une anomalie que nous avons signalée en son temps ; « avec un esprit de haute justice dont la nécessité était depuis longtemps signalée par tous les légistes, nous voulons, a dit M. Bardoux, que ce père condamné pour mauvaise conduite vis-à-vis d'un de ses enfants, soit privé de la puissance paternelle vis-à-vis des autres ; y a-t-il là quelque chose qui puisse froisser des sentiments élevés, et portons-nous atteinte à la puissance paternelle ? (1) ». Ces raisons avaient paru suffisamment péremptoires au Sénat en 1883. Aucune contestation de

(1) *J. O. Sénat. Dis. parlem. 1883, p. 554, 563, 567.*

ce genre n'a été soulevée en 1889, dans l'une ou l'autre des assemblées législatives.

§ 2. — *Première cause de déchéance. — Condamnation encourue conformément à l'article 334 C. p.*

La première cause de déchéance prévue est la condamnation par application de l'article 334 § 2 du Code pénal. Il n'y a pas là comme on serait tenté de le croire une répétition, mais une extension très légitime du Code pénal. La déchéance portera en effet sur tous les enfants et descendants conformément au paragraphe 1 de l'article ; en outre la déchéance est encourue *de plano*. Il n'est donc plus nécessaire que le jugement de condamnation en fasse la mention expresse. A un autre égard enfin, cette prescription de la loi nouvelle fait cesser toute difficulté sur la nature même des droits qui sont enlevés au père indigne : on se souvient en effet que l'article 335 (P) ne renvoyait qu'au titre IX de la puissance paternelle.

§ 3. — *Condamnation des père et mère pour crimes ou délits.*

Tout d'abord il s'agit d'un crime : la loi envisage les deux hypothèses possibles, soit que le crime soit commis sur la personne de l'enfant, soit qu'il soit perpétré de concert avec lui. Les parents sont déchus s'ils sont condamnés dans une espèce de ce genre. La loi ne s'occupe pas du rôle joué par le père : peu importe qu'il soit auteur, coauteur ou complice : le résultat est le même.

Si nous nous trouvons en présence d'un délit, les conditions de la déchéance changent. Il faut et il suffit que le délit soit commis sur la personne de l'enfant et qu'il y

ait récidive. Mais n'est pas une cause de déchéance la récidive d'un délit pratiqué de concert avec l'enfant. La section du Conseil d'Etat avait proposé la suppression de cette cause de déchéance. En fait, on conçoit l'application fréquente de cet alinéa, grâce aux articles 311 et suivants du Code pénal : ce sont là des actes qui par leur existence même démontrent l'indignité des parents. D'autres hypothèses sont-elles possibles ? Il faut que le délit soit commis sur la personne de l'enfant, c'est-à-dire que le fait l'ait affecté physiquement. Nous ne voyons pas d'autres applications à ce paragraphe que la condamnation pour coups et blessures.

Aux termes du quatrième alinéa, seront déchus les parents condamnés deux fois pour excitation de mineurs à la débauche. C'est une imitation de l'article 1 avec cette différence, que la loi exige la récidive : le fait par lui-même ne prouve pas autant que dans le premier cas l'immoralité et la dépravation du père. Celles-ci ne s'attaquent dans l'espèce qu'à des étrangers, tandis que dans l'hypothèse de l'article 334 la victime était l'enfant même du condamné. On conçoit donc que la loi ait exigé comme autre condition la récidive. Désormais plus de doute : l'immoralité du père est flagrante ; une seule condamnation pouvait être excusée ; elle pouvait être mise sur le compte d'une aberration momentanée des sens ; mais un nouveau délit ne permet plus l'indulgence ; il importe au contraire de mettre immédiatement hors de sa portée les enfants qui, heureusement jusqu'ici, ont pu échapper à sa lubricité. En outre quelle garantie peut-on avoir maintenant d'un tel père pour l'éducation morale de ses enfants ?

Cet alinéa ne se trouvait pas dans le projet du gouvernement ni du conseil d'Etat ; il est dû à l'initiative du conseil supérieur.

Quel est le principe général de l'art. 1^{er}? La loi part de cette idée que le fait par le père de commettre un crime ou deux délits ou un seul délit au cas d'attentat aux mœurs sur la personne de son enfant, est une présomption grave et suffisante contre lui de son immoralité et de sa dépravation. Son crime a même un caractère plus odieux s'attaquant à la personne de son enfant.

Ne peut-on pas supposer des infractions à la loi pénale, commises par le père de concert avec le fils et qui excluent complètement de la part du premier toute idée de dépravation? Nous écartons de suite l'hypothèse de l'assassinat, du vol qualifié; nous ne pourrions sérieusement soutenir ces points. Supposons au contraire un meurtre. Voilà un père en compagnie de son fils qui sous l'empire d'une surexcitation peut-être légitime, dans un moment de colère et d'irréflexion, a le malheur de commettre avec celui-ci un homicide volontaire. Ils sont reconnus coupables par le jury. Nous sommes ainsi dans le cas d'application de l'art. 1^{er}, le père est donc déchu *de plano* de la puissance paternelle; n'est-ce pas là un résultat étrange! Le père peut-être honnête et probe: il élève dignement et convenablement sa famille et cependant la loi lui arrache brutalement le droit de le faire, lorsqu'il aura expié sa peine. Ce résultat sera encore plus déplorable, si on songe que le meurtre a pu être occasionné par le fils à la suite d'une discussion par exemple, à laquelle celui-ci a pris une part active et prépondérante. On objectera qu'il est du devoir du père de s'interposer, que son âge et son expérience lui faisaient une obligation d'agir autrement. Ces raisons peuvent avoir une valeur réelle, mais ne doit-on pas dans chaque espèce pouvoir examiner les circonstances particulières de l'infraction. Bien plus, ces faits se présenteront toujours sous des formes si diverses qu'il est

impossible d'établir *a priori* les torts du père. La loi pénale est ici plus sage : par le moyen des circonstances atténuantes elle permet au jury d'apprécier en fait le degré de culpabilité. L'article 1^{er} n'a pas cette élasticité : il s'appliquera fatalement.

La variété des infractions à la loi pénale est si grande qu'il ne manquera pas dans la pratique, de se produire ce résultat regrettable où un père à l'abri de tout reproche d'immoralité ou de dépravation sera ainsi déchu de la puissance paternelle. Supposons même un père coupable de meurtre sur la personne d'un de ses enfants ! Si le jury vient à le déclarer coupable sans égard aux circonstances de la cause et aux bons sentiments qui peuvent être dans le cœur de cet homme, la loi de 1889 s'appliquera fatalement. Ce n'est pas là une vaine hypothèse. Au mois de juillet 1889, comparaisait devant la Cour d'assises de la Meuse, un père accusé de meurtre sur la personne de son fils. Le père était honnête et probe, les renseignements donnés sur lui étaient excellents ; tout le monde s'accordait à reconnaître sa loyauté et sa moralité. Le fils au contraire était débauché, paresseux et violent. A maintes reprises il avait proféré des menaces de mort contre son père. Un jour le fils rentre au domicile paternel en état d'ivresse, l'insulte et l'injure à la bouche. Le père se tait, mais le fils exaspéré par ce silence devient plus insolent ; les menaces de sa part redoublent et le père sous l'empire d'un sentiment indéfinissable a le malheur de le tuer. Le jury de la Meuse acquitta le père ; il s'est montré sage dans cette circonstance ; mais n'y a-t-il pas à craindre que les jurys ne se montrent pas toujours aussi éclairés ? Oui évidemment ; que serait-il alors arrivé si cet homme avait été reconnu coupable ? Le minimum de la peine aurait été prononcé par la Cour ; mais il était déchu de

sa puissance paternelle lui, qui à l'égard de ses autres enfants s'était montré digne et honnête. Nous déplorons donc vivement le § 2 de l'art. 1 qui ne manquera pas de consacrer de véritables iniquités. Il eût été préférable d'en faire une cause de déchéance facultative pour le juge.

Les paragraphes 1 et 4 ont leur raison d'être ; nous approuvons le législateur de les avoir introduits dans la loi. Nous ferons au paragraphe 3 un reproche : il suffit d'après ses termes d'une récidive de délits commis sur la personne d'un enfant pour que la déchéance soit prononcée. Il eût mieux valu encore ici, selon nous, en laisser l'appréciation au juge, car les circonstances peuvent être telles que la présomption d'indignité contre le père ne soit pas établie. Les espèces à l'appui de cette affirmation se produiront souvent en pratique.

§ 4. — *Etendue de la déchéance encourue* de plano.

La déchéance est prononcée soit à l'égard du père, soit à l'égard de la mère, soit même à l'égard des ascendants, ce qui implique qu'à l'inverse, le père déchu à l'égard de son fils le sera à l'égard de toute sa lignée. Le projet du gouvernement ne visait pas les ascendants. C'est la section du Conseil d'Etat qui a proposé cette adjonction très juste et très juridique.

Les droits dont la perte est encourue, sont ceux indiqués aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du Code civil, à l'article 3 du décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872. Cette énumération n'est que limitative : le texte de la loi le dit formellement : « Les « père et mère et ascendants sont déchus de plein droit

« à l'égard de tous leurs enfants et descendants de la
« puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui
« s'y rattachent et notamment.... »

La section du Conseil d'Etat, à l'énumération primitive du projet du gouvernement a ajouté les articles 141, 151 et 935 du Code civil. C'est avec assez de raison : un texte ne saurait être trop clair ni trop précis ; mais il est certain que l'interprète n'aurait pas hésité à les y comprendre, puisque cette énumération n'est qu'énonciative.

Nous pouvons classer ces droits en plusieurs catégories qui permettront de faire mieux sentir l'importance des pouvoirs enlevés au père.

Les articles 148, 150, 151 (C. c.) obligent l'enfant qui veut se marier à rapporter le consentement de ses parents : le père déclaré déchu ne sera plus consulté. Les articles 346 et 361 (C. c.) sont relatifs à l'adoption, l'article 477 à l'émancipation ; ce sont là des droits conférés au père par la puissance paternelle *lato sensu*. Rentrent dans la même catégorie les droits reconnus par les articles 391 (C. c.), droit de nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, 397 (C. c.), droit pour le dernier mourant de choisir un tuteur parent ou étranger, 935 (C. c.), droit d'accepter une donation faite au mineur, 3 du décret du 22 février 1851, droit de prendre part au contrat d'apprentissage de l'enfant, 46 de la loi du 27 juillet 1872, droit de consentir à l'engagement volontaire.

Quant aux prérogatives de la puissance paternelle *stricto sensu*, nous avons indiqué plus haut qu'elles consistent dans le droit d'éducation, de garde et de correction, dans le droit de jouissance légale et d'administration. Le siège de la matière se trouve aux articles 372

à 387 du titre de la puissance paternelle et sous les articles 389 et 390 du titre de la tutelle.

La pensée du législateur est facile à saisir : on a privé le père de tous les droits qui lui permettent d'exercer sur la personne de l'enfant une influence quelconque. Mais devait-on aller jusqu'à la suppression complète de la personnalité du père : on ne l'a pas voulu et avec raison. Une loi ne peut évidemment pas supprimer un fait. Subsistent donc de la puissance paternelle, les avantages conférés aux parents par les articles 205, 206 et 207 du Code civil.

Tout lien n'est pas éteint entre le père et le fils : c'est une concession faite aux personnes qui prétendaient que la puissance paternelle ne pouvait pas légalement être modifiée, étant un droit basé sur la nature. On laisse intact le lien de la paternité ; le fils doit, malgré la peine encourue par le père indigne, des aliments à celui-ci tombé dans le besoin. Il doit encore le respect à ses parents, en dépit de leur chute morale ; car on le remarque, l'article 371 (C. c.) n'est pas visé dans l'énumération de l'article 1^{er} et à dessein. La loi a été très sage et le législateur de 1889 a su garder sur ce point une juste et bonne mesure. C'eût été aller trop loin que de supprimer radicalement toute relation quelconque entre le père et le fils et d'autoriser légalement le dénûment et la misère de l'un en présence de l'opulence de l'autre. A un autre égard, il eût été choquant et pénible de la part du législateur d'avoir dit au fils du père indigne : vous ne lui devez plus le respect ! On sait que l'article 371 (C. c.) n'est qu'un principe dépourvu de sanction civile. Logiquement donc on ne pouvait le viser dans l'article 1^{er} de la loi. Le faire, eût été une réaction exagérée et un contre-sens moral, car aucun texte n'a assez de puissance

pour arracher au cœur de l'enfant, les sentiments d'amour et d'affection que le sang a mis en lui.

La déchéance est encourue de plein droit, ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire que le tribunal appelé à connaître de l'infraction statue par une disposition expresse quant à la déchéance ; c'est donc par surcroît qu'en cour d'assises, le président rendant l'arrêt déclare dans certains cas le père déchu. L'oubli qui serait fait de cette énonciation ne serait pas une cause de nullité et ne donnerait pas en conséquence ouverture à cassation.

Lorsque le fils ou la mère voudront se prévaloir de cette déchéance contre le père, il leur suffira de rapporter l'expédition de l'arrêt ou du jugement rendu définitivement. Le même droit appartient au ministère public. Mais la juridiction répressive n'aura pas le droit quant à présent d'apprécier si la mère doit alors, l'intérêt de l'enfant considéré, exercer les droits de puissance paternelle. L'article 9 est contraire à cette interprétation.

III^e SECTION

DE LA DÉCHÉANCE FACULTATIVE

Le titre I^{er} que nous étudions en ce moment, n'a organisé que deux sortes de déchéance, l'une *de plano*, l'autre facultative. Elles sont toutes deux absolues. On avait proposé à différentes reprises d'établir une déchéance partielle, c'est-à-dire une déchéance dont le résultat aurait été pour les parents de n'être privés que de certains droits. Ce système combattu en 1883 et par le Conseil d'Etat en 1889 n'a pas triomphé. Dans la loi de 1889, la

déchéance est absolue, peu importe qu'elle soit encourue conformément à l'article premier ou à l'article 2.

L'article 2 qui crée la déchéance facultative, n'a fait l'objet d'aucune longue discussion en 1889. Nous n'avons en effet à signaler qu'un amendement de M. Boreau-Lajanadie, aux termes duquel la déchéance de la puissance paternelle aurait pu n'être que partielle soit quant aux droits qui en découlent, soit quant aux enfants qui y sont soumis; l'amendement était ainsi conçu : « Peuvent être déclarés déchus de la puissance paternelle et des droits qui s'y rattachent ou de quelques-uns de ces droits soit à l'égard de tous les enfants, soit à l'égard de quelques-uns »... (1) Cet amendement a été rejeté.

En 1883, lors de la discussion au Sénat, cet article 2 qui formait alors l'article 21 du projet fut l'objet des critiques les plus vives de la part des partisans du système de la déchéance absolue.

On avait de la part du gouvernement proposé, en 1889, d'admettre la déchéance partielle et temporaire : « L'exercice de tout ou partie des mêmes droits, notamment des droits spécifiés au paragraphe 3 de l'article 18 ci-dessus peut être retiré ou simplement suspendu pour une durée de 1 à 5 ans. » (Article 21.)

De la part du Conseil d'Etat, on s'était élevé fortement contre cette idée. Peut-on, disait-on, logiquement admettre que l'enfant pourra utilement être soumis à deux influences rivales qui viendront se contrebalancer, celle du père et celle du tuteur? Cependant c'est le résultat fatalement occasionné par la déchéance partielle. De plus, peut-on être père pour moitié, pour un quart?

J. O. (1) 26 mai 1889, ch. D. p. p, 1124.

L'article 2 de la loi est ainsi conçu :

« Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits :
« 1° les père et mère condamnés aux travaux forcés à
« perpétuité ou à temps ou à la réclusion comme auteurs,
« coauteurs ou complices d'un crime autre que ceux
« prévus par les articles 86 à 101 du Code pénal ; 2° les
« père et mère condamnés deux fois pour un des faits
« suivants : séquestration, suppression, exposition ou
« abandon d'enfants ou pour vagabondage ; 3° les père et
« mère condamnés par application de l'article 2 § 2 de
« la loi du 23 janvier 1873 ou des articles 1, 2, 3, de
« la loi du 7 décembre 1874 ; 4° les père et mère
« condamnés une première fois pour excitation habituelle
« de mineurs à la débauche ; 5° les père et mère dont les
« enfants ont été conduits dans une maison de correction
« par application de l'article 66 du Code pénal ; 6° en
« dehors de toute condamnation, les père et mère qui,
« par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire
« et scandaleuse ou par de mauvais traitements compro-
« mettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité
« de leurs enfants. »

Cet article forme le complément nécessaire de l'article 1^{er}. Il permet ainsi au juge de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, d'une façon générale, dans toute hypothèse où la présomption d'immoralité et de perversité des parents paraît suffisamment établie. Il est donc très difficile aux parents indignes, qui ont pu échapper à l'application de l'article 1^{er} qui exige des conditions nettes et catégoriques, de passer au travers du réseau que forme l'article 2.

§1. — *Déchéance facultative au cas de condamnations.*

Le paragraphe 1^{er} prévoit d'une façon générale toutes les peines criminelles, mais en sont exclues les peines portées aux articles 86 à 101 du Code pénal. Cette section est consacrée aux crimes politiques. Or, il est évident que le fait par le père de s'être rendu coupable d'un crime de ce genre, n'implique pas nécessairement de sa part un manquement à ses devoirs envers ses enfants.

Ce qui doit nous intéresser dans ce paragraphe, c'est le changement de point de vue du législateur. Dans l'article 1^{er} en effet, la loi ne s'occupe nullement de la condamnation mais de la qualification, de sorte que si un crime commis sur un enfant ou de complicité avec un enfant est reconnu constant par le jury, la déchéance s'en suivra de plein droit, alors même que la peine par le jeu des circonstances atténuantes serait réduite à un simple emprisonnement. Dans l'article 2 au contraire, la dénomination juridique du fait n'est plus la cause directe de la déchéance : on s'attache à la condamnation. Le texte dit en effet : « Les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps ou à la réclusion comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime etc... » Si donc le père se rend coupable d'une infraction autre que celle prévue sous les articles 86 à 101 (C. p.) et s'il n'est condamné qu'à l'emprisonnement, il ne pourra pas être déclaré déchu de sa puissance paternelle, bien que s'étant rendu coupable d'un fait qualifié crime par la loi.

Nous préférons le système de l'art. 2. Si le juge criminel, mieux placé pour apprécier les faits de la cause, n'a cru devoir prononcer qu'une peine d'emprisonnement, le juge civil est fatalement désarmé par le texte même de

la loi ; il ne l'eût pas été, si on avait admis le principe de la qualification juridique de l'infraction. Il eût pu alors malgré toute l'indulgence dont la juridiction répressive avait fait preuve, prononcer la déchéance de la puissance paternelle.

Aux termes du paragraphe 2, il faut la récidive pour les délits de séquestration, suppression, exposition d'enfants ou vagabondage.

En 1883 le Sénat s'était montré plus radical ; l'article 22 § 2 correspondant à notre paragraphe était ainsi conçu : « à l'égard des père et mère condamnés pour la
• deuxième fois pour vol, abus de confiance, escroquerie,
« adultère ou entretien de concubine au domicile con-
« jugal, excitation habituelle de mineurs à la débauche,
« outrage public à la pudeur, outrage aux bonnes mœurs,
« séquestration, suppression, exposition ou abandon
« d'enfants, mendicité ou vagabondage. »

Cette disposition était encore augmentée dans sa rigueur par le § 4 ainsi conçu : « à l'égard des père et mère
« qui auraient été condamnés une première fois pour les
« faits fixés au paragraphe 2 ci-dessus à la peine d'un
« an de prison et en matière d'excitation à la débauche,
« d'outrage public à la pudeur, de mendicité ou de vaga-
« bondage, à la peine de trois mois d'emprisonnement. »

La loi de 1889 a restreint de beaucoup le nombre des causes de déchéance. Elle a supprimé le cas de mendicité et avec raison selon nous. Ne peut-il pas arriver que cette mendicité n'ait d'autre but que d'assurer du pain aux enfants. La loi a également rejeté les délits de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, d'adultère, d'outrage public à la pudeur ou aux bonnes mœurs. Ce sont là des infractions qui ne prouvent pas, alors même qu'il y aurait récidive de la part des parents, un manquement à leurs devoirs envers leurs enfants.

On n'a retenu dans la loi nouvelle que l'excitation de mineurs à la débauche, et on a imposé certaines conditions pour qu'elle puisse constituer une cause de déchéance. Plus n'est besoin comme on le demandait en 1883, d'une récidive ou d'une première condamnation entraînant une année d'emprisonnement; d'après le § 4 de la loi, il faut et il suffit qu'il y ait condamnation, quelle que soit la peine prononcée.

Dans le paragraphe 5 se trouve une innovation intéressante : « peuvent être déclarés déchus les père et mère
« dont les enfants auront été conduits dans une maison
« de correction conformément à l'article 66 du Code
« pénal. »

Cette disposition est due à l'initiative du conseil d'Etat : c'est afin, a-t-on dit, de régulariser la situation des jeunes détenus et de prolonger jusqu'à la majorité la durée de leur tutelle.

Le tribunal peut envoyer l'enfant coupable dans une maison de correction pour tel nombre d'années qu'il lui plaira, mais qui toutefois ne pourra excéder sa vingtième année. A l'expiration du temps de correction, c'est-à-dire au maximum à vingt ans, doit-on remettre cet enfant à des parents indignes? L'article permet de l'éviter. Mais ce n'est pas là que réside le péril sérieux; en effet nous sommes presque en face d'un homme fait : si à vingt ans l'influence funeste des parents s'exerce sur lui, ou il doit succomber et la loi n'aura jamais le pouvoir de le protéger, ou bien il résistera. On ne peut exiger du législateur de soustraire à jamais cet homme à l'influence de ses parents; il arrive un âge où l'homme doit être suffisamment trempé pour l'existence et où il doit être laissé à son libre arbitre.

Notre article aura surtout sa raison d'être, soit qu'une

libération anticipée intervienne, soit même que le tribunal n'ait prononcé la détention que pour quelques années. Dans cette hypothèse il y a un véritable danger à le remettre à sa famille. On objecte que la loi de 1850 (art. 19) place cet enfant sous la protection de la société de patronage des jeunes détenus ; mais la mesure est inefficace, car cette société n'a aucun moyen légal opposable à l'autorité paternelle.

« Les père et mère condamnés par application de « l'art. 2 § 2 de la loi du 23 janvier 1873 ou des art. « 1, 2, 3, de la loi du 7 décembre 1874 » sont également déchus de la puissance paternelle.

Si donc le père vient à être condamné en police correctionnelle deux fois dans un an pour ivresse publique et manifeste, la loi permet de le priver de ses droits de puissance. La présomption légale est celle-ci : lorsque les parents s'adonnent à la boisson, il y a tout lieu de croire que dans ce naufrage de leur propre individualité, aient disparu les liens d'affection qu'ils doivent avoir pour leurs enfants. Rien n'est du reste plus avilissant que l'ivrognerie : elle corrompt celui qui s'y adonne et le met au niveau de la brute. Il n'y a pas loin de l'ivresse du père à de mauvais traitements exercés sur la personne des enfants ou à l'apparition d'autres vices odieux. Le spectacle est dégradant ; les enfants y trouvent souvent le germe de ce manque de respect qu'ils montrent à l'égard de leurs auteurs. Ils les ont vus déraisonnant, divaguant, jetés de côté pour laisser se dissiper les fumées de leur ivresse : quand ils reprennent leurs sens, les enfants ont de la peine à oublier la scène dont ils ont été témoins.

La loi protège donc actuellement l'enfant contre les mauvais traitements et les exemples fâcheux qui sont à craindre pour lui. Mais cette présomption n'est pas tou-

jours vraie : il n'y a pas de contradiction à supposer un père ivrogne d'une part et d'autre part ce père bon et tendre pour sa famille. Comme la déchéance est facultative, les tribunaux auront le pouvoir d'examiner en fait, s'ils doivent la prononcer.

Nous arrivons à la deuxième partie du paragraphe : on se rappelle que les parents acrobates ou saltimbanques qui emploient dans leurs représentations leurs propres enfants au-dessous de l'âge de douze ans ou les parents qui les vendent à prix d'argent à des saltimbanques, à des vagabonds, à des mendiants ou à des gens sans aveu, peuvent être déchus de la puissance paternelle (art. 1, 2, 3, de la loi du 7 décembre 1874). La même peine est encourue, si les parents ont occupé leurs enfants à la mendicité, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession.

La loi de 1889 déclare à nouveau que les parents de cette catégorie peuvent être déchus. Mais il n'y a pas là de répétition et pour s'en convaincre, il suffit de lire les travaux préparatoires de la loi. La loi de 1874 prononçait la déchéance de la puissance paternelle, mais elle ne l'avait pas définie, ni organisé de mesures de précaution dans l'intérêt de l'enfant. Il était donc utile de comprendre ces trois articles dans la loi nouvelle qui comble ainsi une lacune.

§ 2. — *Déchéance en dehors de toute condamnation*

« Peuvent être déclarés déchus en dehors de toute
« condamnation les parents qui par leur ivrognerie habi-
« tuelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par
« de mauvais traitements compromettent soit la santé,
« soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants. »

Cette disposition a pour but de tenir les parents indignes dans un cercle à peu près infranchissable : s'ils ont été assez heureux pour échapper aux investigations de la justice, si les faits qu'ils ont commis ont été connus trop tard, s'ils ont bénéficié d'une prescription par exemple, s'ils ont pu grâce à toute une série de circonstances spéciales ne pas être atteints par la loi, il ne faut cependant pas que les mineurs restent exposés à subir les influences néfastes de la dépravation paternelle. Ce paragraphe permet ainsi de saisir le père et de le frapper dans l'exercice de ses droits.

Pour cela il faut qu'on prouve contre lui, soit son inconduite notoire et scandaleuse, soit son ivrognerie habituelle, soit sa brutalité.

Faisons quelques observations.

Le texte consacre quelques innovations qui n'avaient pas été adoptées en 1883. On ne visait que « l'inconduite « notoire de nature à compromettre soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de l'enfant. »

Aujourd'hui nous sommes avec la loi de 1889 en présence d'une autre cause : l'ivrognerie habituelle. Il n'y a pas double emploi avec l'alinéa 3. Celui-ci suppose une récidive commise dans l'année et une condamnation. Le Conseil d'Etat avait été d'avis d'écarter l'ivrognerie habituelle ; malgré la haute autorité de ce corps, le projet du gouvernement maintenait le cas d'ivrognerie habituelle.

Quel est le motif invoqué par le Conseil d'Etat à l'appui de sa thèse ? On répond d'abord que le paragraphe 3 est insuffisant, puisqu'il prononce une déchéance contre les père et mère condamnés par application de l'article 2 § 2 de la loi du 23 janvier 1873. C'est le cas de récidive d'ivresse manifeste et publique commise dans l'année.

On ajoute aussi, que l'on ne doit baser de déchéance que sur des faits certains et bien constatés par la justice. Or, rien n'est moins certain que l'ivrognerie habituelle. Où commence-t-elle exactement ?

Nous ne saurions admettre quant à nous, les scrupules de la section de législation du Conseil d'Etat et nous estimons que la récidive d'ivresse était insuffisante dans les prévisions de la loi.

L'ivrognerie habituelle, dit-on, est difficile à apprécier. Souvent elle se dissimule et ce n'est qu'à quelques intimes qu'elle apparaît. C'est souvent trop vrai. Mais par là même qu'elle est occulte, qu'elle ne se manifeste pas en public, elle n'en est que plus dangereuse. Que de scènes se passent dans l'intimité des familles : souvent le père rentre en état d'ivresse et frappe sans merci les enfants. Que de fois également, la mère est obligée d'entrer en lutte directe avec le père pour obtenir les quelques francs qui permettront de donner du pain à toute la famille qui attend ! Ce ne sont pas là des hypothèses chimériques. Malheureusement dans la classe ouvrière ces drames se présentent constamment (1). Et à un autre égard, ce serait se faire une singulière illusion sur l'application pratique de la loi de 1873 : elle ne frappe que l'ivresse publique, mais que de fois encore malgré son caractère de publicité, elle échappe à la sanction de la loi, soit grâce à l'absence de surveillance de l'autorité, soit même grâce à son indulgence !

La preuve de l'ivrognerie habituelle n'a pas été organisée d'une façon spéciale par la loi de 1889. En 1883 on avait proposé au Sénat d'en faire apprécier l'existence

(1) Philarète Chasles : *Etudes contemporaines*.

par le conseil de famille. L'idée était excellente en soi, car ce conseil est toujours plus à même de juger la conduite du père : les parents qui le composent ont l'occasion de pénétrer plus souvent dans l'intérieur de la famille ; ils en voient de plus près le fonctionnement. Cependant il y a lieu de craindre que cette qualité ne leur inspire une certaine réserve et qu'ils n'expriment pas franchement toute leur façon de penser. Aujourd'hui cette convocation n'est pas de droit : elle reste facultative pour le Tribunal. La preuve de l'ivrognerie se fera par tous les moyens qui permettront au juge d'éclairer sa religion.

Est également une cause de déchéance l'inconduite notoire et scandaleuse.

Ici nous rentrons complètement dans le domaine des appréciations de fait. On a vivement critiqué cette disposition, car elle est très élastique. En quoi consiste en effet l'inconduite notoire ? Ne change-t-elle pas de physionomie et de gravité selon qu'on se place dans les différentes classes de la société ? Et en outre, l'inconduite se dissimule souvent : elle n'en est pas moins dans ce cas dangereuse et funeste pour l'enfance.

Où est le criterium qui permettra de dire qu'elle est notoire ou qu'elle est scandaleuse ? Ce sont là deux caractères accessoires que doit revêtir l'inconduite. Certes, ils ne remplissent pas le but qu'on leur a assigné ; on a voulu laisser le moins de doute possible, exigeant que l'inconduite soit notoire et scandaleuse et on a fait une part considérable à l'arbitraire.

Les appréciations changent selon les temps ; mais elle varient surtout suivant les hommes. Ici, on décidera que la déchéance de la puissance paternelle ne doit pas être encourue, parce qu'il n'est pas prouvé que le père ait eu

une inconduite notoire et scandaleuse, et ailleurs une espèce identique sera tranchée différemment.

On doit le regretter, car il ne faut pas qu'une institution aussi sacrée que la puissance paternelle puisse subir ces fluctuations et ces caprices. On aura la garantie des Tribunaux qui pourront appeler le conseil de famille : c'est très bien. Mais il suffit que le danger existe et qu'il puisse à un moment donné apparaître, pour que nous déplorions cette prescription de l'article 2.

Le Conseil d'Etat avait parfaitement senti cet inconvénient et fidèle à l'idée qui l'inspirait dans la rédaction du paragraphe 6, à savoir qu'en dehors de toute condamnation on ne doit rechercher que les faits certains, constants et tangibles, il avait proposé une autre rédaction.

Le Gouvernement et le Conseil supérieur de l'assistance publique ne se sont pas ralliés à l'opinion du Conseil d'Etat : c'est leur manière de voir qui a été admise par la loi de 1889. Le mot « scandaleuse » a été ajouté à l'instigation du Conseil supérieur, sous le prétexte de ne pas laisser au juge une trop grande latitude d'appréciation. Nous doutons qu'on ait réussi. Lorsque l'inconduite est notoire, ne peut-on pas soutenir qu'elle est scandaleuse, d'autant plus qu'on nous concèdera forcément, que d'une part le scandale est rapidement occasionné et que d'autre part c'est encore ici une question d'appréciation personnelle. Les uns seront très scandalisés par des faits dont d'autres pourront ne pas s'offusquer.

On le voit, le terrain est glissant : aucune règle fixe n'est donnée à l'interprète ; il faudra donc s'en rapporter purement et simplement à la sagesse des tribunaux qui devront s'inspirer de l'esprit et du but de l'article 2 ; ce que la loi veut, c'est, comme elle l'indique formellement, protéger la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant.

Reste à examiner la dernière cause de déchéance facultative : ce sont les mauvais traitements donnés à l'enfant.

Cette disposition est le complément de l'article 1 § 3 de la loi. Ce dernier suppose que les parents ont commis soit un crime, soit un délit sur la personne de l'enfant : les mauvais traitements sont alors qualifiés par la loi dans les articles 311 et s. (C. p.). Il se peut que les violences exercées sur l'enfant n'aient pas un caractère de gravité telle qu'on doive traduire le père devant le jury ou devant le Tribunal correctionnel. La loi doit-elle rester désarmée, si les violences ne sont punies qu'en simple police ou si même elles n'ont pas nécessité l'intervention de la justice ? L'article 2 § 6 est alors applicable ; mais la déchéance n'est pas encourue *de plano*.

Signalons pour mémoire, que d'après l'article 2 du projet du Gouvernement, les tuteurs datifs ou officieux étaient passibles de la déchéance de plein droit ou facultative. Cette disposition n'a pas été adoptée dans la loi de 1889.

§ 3. — *A qui appartient l'action en déchéance.*

L'article 3 est ainsi conçu : « L'action en déchéance est
« intentée devant la chambre du conseil du tribunal du
« domicile ou de la résidence du père ou de la mère par
« un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin
« germain ou à un degré plus rapproché, ou par le mi-
« nistère public. »

Nous n'avons à nous occuper que de la déchéance facultative, puisque la déchéance encourue *de plano* n'a pas besoin d'être comprise dans le jugement ou l'arrêt de la juridiction répressive.

Le système que le Sénat avait adopté en 1883 était très simple : le ministère public avait le droit dans tous les cas d'agir sur la demande des personnes ayant le droit d'action ou sur la demande du conseil de famille ou d'un membre du comité départemental ou cantonal à ce autorisé. La mère légitime ou les ascendants ne pouvaient intenter l'action qu'aux cas d'ivrognerie ou d'inconduite notoire. Dans toutes les autres hypothèses prévues par la loi, c'est-à-dire de crimes ou de délits ou de contraventions d'ivresse ou de contraventions à la loi du 7 décembre 1874, le renvoi était de droit.

En 1889, on a vivement discuté, et dans le sein de la commission, et dans la section de législation du conseil d'Etat, sur la question de savoir à quelles personnes devait compéter l'action en déchéance.

Le système du conseil d'Etat était très simple : le ministère public avait le droit à l'exclusion de toute autre personne d'intenter l'action ; mais le renvoi n'était pas de droit.

Il serait dangereux, disait-on au conseil d'Etat, d'ouvrir une action en déchéance toutes les fois qu'une condamnation prononcée contre un père de famille permet de l'ouvrir. Ces condamnations sont assez nombreuses et le renvoi de droit à la juridiction compétente donnerait lieu à une multitude de procès, dont un certain nombre ne seraient pas justifiés et susciteraient des complications fâcheuses. Combien de fois ne trouverait-on pas dans le père de famille condamné un homme de valeur moyenne, ou dans l'épouse une femme digne de remplir des devoirs de mère et d'épouse. Quelle utilité, la société retirerait-elle de ces discussions et de ces plaidoiries ?

Le ministère public est du reste admirablement placé

pour être le juge impartial et éclairé de ces questions : il est à l'abri de toute suspicion, de passions de famille ; il a facilement communication de la procédure criminelle ou correctionnelle qui éclairera sa religion. En parfaite connaissance de cause, il pourra décider s'il y a lieu de suivre ou de ne pas agir.

Si maintenant la famille veut prendre les devants ou toute personne ayant recueilli l'enfant, elle aura un moyen très simple : elle exposera ses griefs au ministère public qui les pèsera et verra si la demande doit être accueillie.

Le conseil supérieur de l'assistance publique s'était rangé à cette manière de voir ainsi que le gouvernement. En conséquence le texte de l'art. 3 proposé était celui-ci : « L'action en déchéance est intentée devant la chambre du conseil du domicile ou de la résidence du père ou de la mère par le ministère public. »

Mais la commission de la chambre a pensé avec raison qu'on ne devait pas attribuer exclusivement au ministère public le droit d'agir. L'action compètera également aux parents du mineur jusqu'au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché. C'est cette disposition qui a été admise dans la loi.

Nous approuvons pleinement les raisons qui ont inspiré la commission de la Chambre ; le renvoi de droit est supprimé. Pourquoi, en effet, par le seul fait qu'un père est dans une des hypothèses prévues par l'art. 2, forcer le tribunal à statuer ? Ne peut-il pas arriver que de la part de la famille ou du ministère public, on ait encore suffisamment de garanties à l'égard de ce père, malgré les condamnations qui l'ont frappé ? En pratique on arriverait avec le renvoi de droit à de véritables non-sens, à des inutilités, qui surchargeraient de besogne les tribunaux civils, sans la moindre utilité. Voilà un père qui tombe

sous le coup de l'art. 2 : il n'a plus qu'un enfant mineur par exemple âgé de vingt ans. A quoi bon le destituer de sa puissance paternelle ; y a-t-il réellement un danger encouru par ce fils, qui est déjà un homme dans toute l'acception du mot ?

En donnant aux parents le droit d'agir, on a apporté dans la loi une innovation d'une utilité incontestable.

Il est bien vrai que le ministère public est le protecteur des mineurs : tout le monde le reconnaît ; mais ce serait se faire une fausse idée de cette institution du ministère public que de croire qu'il connaît en temps opportun tous les cas dans lesquels un mineur peut avoir besoin de son assistance. Le procureur de la République a une situation telle que déjà son influence, sa surveillance, ne sont exercées qu'indirectement sur les mineurs. Si en matière civile par exemple il est appelé à conclure, c'est le plus souvent parce qu'il est saisi par les parties en cause. Lui supposer la faculté de prendre l'initiative, chaque fois qu'elle deviendra nécessaire, c'est se méprendre sur le caractère même de ses fonctions. Bien des faits lui échapperont et ce ne sera que grâce à un concours de circonstances à lui complètement étrangères, que le plus souvent il apprendra la situation intéressante de certains mineurs.

Cela est si vrai, que lorsqu'il s'est agi, dans notre loi civile, de protéger les mineurs, c'est au juge de paix qu'on a dévolu plus particulièrement cette mission : le magistrat cantonal est plus en rapport intime avec ses justiciables qu'il connaît mieux que ne le peut le procureur de la République. Il les coudoie fréquemment, le champ de ses attributions est moins vaste et le secours plus rapidement porté. Il valait donc mieux, concurremment avec le

ministère public, attribuer à certains proches parents le droit d'agir. Leur situation, leurs rapports journaliers avec le parent indigne leur permettra d'apprécier les circonstances.

A un autre égard encore il fallait éviter le plus possible de donner au ministère public l'occasion d'intervenir activement dans les questions de famille. Il ne le fera d'après la loi de 1889, que lorsque son attention aura été éveillée ou lorsque les faits seront tellement tangibles et patents, que son devoir lui commandera impérieusement de recourir à la loi.

M. le député Boreau-Lajanadie avait proposé un amendement : en matière pénale, le ministère public agissait seul ; le tribunal répressif statuait à la fois sur la peine et sur la déchéance. Il devait en résulter une simplification et une économie. Dans les autres cas les parents avaient l'action. Cet amendement a été rejeté. M. Floquet alors président du conseil des ministres et ministre de l'intérieur, répondit au nom du gouvernement, que la déchéance de la puissance paternelle était une mesure d'une gravité telle qu'il fallait en faire à tout prix une question d'état et non le succédané d'une procédure criminelle.

En résumé, le renvoi à la juridiction civile n'a pas lieu de droit. L'action compète soit au ministère public soit à tous les parents du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché. Le nombre des personnes pouvant intenter l'action étant augmenté, il en résulte un accroissement de garantie pour les mineurs.

CHAPITRE XIV

Procédure

- § 1. Du tribunal compétent.
- § 2. Comment s'introduit l'instance.
- § 3. Des garanties requises.
- § 4. Des mesures provisoires.
- § 5. Des jugements et des voies de recours dont ils peuvent être l'objet.
- § 6. Conséquences juridiques de la déclaration de déchéance.
- § 7. Comment la mère sera-t-elle privée de l'exercice de la puissance paternelle.

I.— *Du tribunal compétent.*

Aux termes de l'art. 3, l'action est intentée devant la chambre du conseil du tribunal du domicile ou de la résidence du père ou de la mère.

Ce n'est ici que l'application du droit commun ; les père et mère ont qualité pour répondre ; la mesure requise les vise. Bien que le jugement à intervenir ait des résultats très grands sur la personne des enfants, cependant ce sont les père et mère qui sont légitimes contradicteurs au procès. C'est un droit qu'on va leur enlever : ils ont le droit de s'y opposer.

Le tribunal du domicile du père et de la mère ou de tout autre ascendant est donc seul compétent à l'exclusion de tout autre : *actor sequitur forum rei*, dit l'adage.

Le texte parle du père ou de la mère. Au premier abord, on serait tenté de croire, que l'action ne peut être utilement poursuivie que contre les deux époux à la fois. A vrai dire, dans cette hypothèse ce n'est pas la puissance paternelle dans toute l'acception juridique du mot que l'on se propose d'enlever à la mère ; ce serait en effet contraire au texte et à l'esprit de l'article 384 (C. c.) qui décide que pendant le mariage seul le père en a l'exercice. Mais il n'en est pas moins constant, que par la même action on peut provoquer la destitution de la mère ; elle a cette autorité en elle-même ; elle est appelée à la recueillir, soit que le père décède, soit qu'il soit déclaré déchu ; il importe donc que par un même jugement on puisse prononcer la déchéance tant à l'égard du père que de la mère.

Ce qui nous amène à donner cette interprétation, c'est le texte même de l'article 4 : « Ce mémoire est notifié aux père et mère ou ascendants dont la déchéance est demandée... » La conjonctive *et* qui relie les mots père et mère, prouve surabondamment, que l'action peut être suivie contre les deux époux à la fois et cela d'autant plus que cette conjonctive dans l'article 4 est en opposition avec l'alternative *ou*, à l'égard des ascendants, et même avec le texte de l'article 3, qui semble rebelle à cette interprétation. La mère pourra être privée de droits dont elle n'a pas encore l'exercice, mais ce résultat ne se produit-il pas tous les jours et ne voit-on pas la jouissance d'un droit enlevée à un individu, avant qu'il en ait eu l'exercice. Nous ajoutons encore que l'article 384 (C. c.) ne fait allusion qu'à la jouissance paternelle *stricto sensu*. Or, la mère exerce en même temps que le père certains droits conférés par la puissance paternelle *lato sensu*.

L'action inverse pourra être intentée : on n'agit que contre la mère. Cela est possible d'après la loi ; de même encore si la mère tombe sous le coup de l'article 1^{er}, elle sera déchue *de plano*. Evidemment, ses droits n'existant qu'en puissance pendant le mariage, la déchéance n'aura pas à l'égard de la mère la même importance que si elle intervenait contre le père.

Si l'action est intentée contre les deux époux, c'est le domicile du père qui détermine le tribunal compétent, la femme durant le mariage ne pouvant avoir d'autre domicile que celui de son mari. Le tribunal de la résidence du père deviendrait compétent, si aucun domicile n'était connu.

Supposons une séparation de corps entre les deux époux ; la femme a alors le droit d'avoir une résidence ou un domicile différent de celui de son mari. L'action en déchéance intentée contre les deux époux à la fois pourra être valablement introduite devant le tribunal du domicile de la femme. C'est l'application pure et simple de l'article 59 § 2 du Code de procédure civile. Du reste, la solution de toutes les questions de procédure résultera de la combinaison de la loi du 24 juillet 1889, avec les règles du Code de procédure civile.

§ II. — *Comment s'introduit l'instance.*

Distinguons suivant que l'instance est engagée par le ministère public ou par un parent.

A) Supposons d'abord que le ministère public agisse.

L'article 4 § 2 s'exprime en ces termes : « Le ministère public ou la partie intéressée introduit l'action en déchéance, par un mémoire présenté au président du tribunal, énonçant les faits et accompagne de pièces jus-

« tificatives. Ce mémoire est notifié aux père et mère ou
« ascendants dont la déchéance est demandée. »

Ce paragraphe était le premier dans le projet primitif du gouvernement, mais le conseil d'Etat proposa d'imposer une autre mesure préparatoire prévue par le paragraphe I. Le procureur de la République fait procéder à une enquête sommaire sur la situation de famille du mineur et sur la moralité de ses parents connus qui sont mis en demeure de présenter au tribunal les observations et oppositions qu'ils jugeront convenables.

Très louable est la pensée qui a inspiré ce paragraphe : il vaut mieux avant d'engager l'instance, que le ministère public recueille tous renseignements utiles qui éclaireront la décision du juge. Il y aura plus de lenteur, mais aussi plus de certitude. Aucune règle n'est imposée au ministère public dans l'accomplissement de cette mission. Il fera prendre par des agents sous ses ordres, les renseignements qui lui paraîtront nécessaires ; il entendra lui-même les parents s'il le juge convenable ; en un mot, il fera une véritable enquête. Les renseignements recueillis, il rédige une requête énonçant tous les faits, avec les pièces justificatives à l'appui. Celles-ci seront par exemple l'expédition d'un jugement ou d'un arrêt de condamnation, les dépositions de personnes entendues, certaines déclarations des agents administratifs. Le mémoire seul est notifié aux parents. On conçoit fort bien, qu'on n'ait pas imposé au ministère public l'obligation de faire la signification des pièces justificatives : quelques-unes peuvent revêtir un caractère confidentiel. Du reste, c'eût été créer un obstacle sérieux. Bien des personnes consultées auraient pu hésiter à dévoiler complètement leur pensée.

Dans le projet primitif du gouvernement l'action était intentée par le ministère public par une simple demande ;

mais le conseil d'Etat a été d'avis, et avec raison, qu'il fallait imposer la rédaction d'un mémoire énonçant les faits ; la commission du gouvernement a admis cette observation. La simple demande n'était pas tenue de renfermer en elle-même tous les éléments de la contestation, ce qui est contraire au droit commun. Il est de principe en effet, en matière civile comme en matière pénale, que le demandeur doit préciser nettement sa prétention (art. 61, C. proc. civile et 183 C. inst. crim.) Le mémoire doit, pour remplir les vœux de la loi, contenir l'énonciation de tous les faits qui servent de base à la requête. Il serait souverainement injuste de ne pas faire connaître d'avance aux parents les moyens dont on entend se prévaloir contre eux : le droit d'attaque suppose le droit de défense.

Au bas du mémoire à lui présenté, le président du Tribunal commet un juge pour faire rapport au jour indiqué.

B). Si c'est un parent qui poursuit la destitution du père, l'action est alors intentée directement par ce mémoire qui doit, selon nous, être soumis aux mêmes formalités ; il devra être accompagné de pièces justificatives. L'enquête sommaire à laquelle doit procéder le procureur de la République, n'a pu normalement se faire avant, puisqu'il n'était pas saisi. Il rentre dans le vœu de la loi et dans son esprit qu'elle soit faite. Le président du Tribunal commet également un juge qui fera son rapport sur le bureau, après communication préalable au ministère public. L'article 83 § 6 (C. p. c.) doit recevoir son application.

Le mémoire présenté par le parent doit-il, à peine de nullité contenir constitution d'avoué ? Nous ne le pensons pas et pour nous le ministère de ces officiers ministériels est ici facultatif. Il en sera encore de même lorsque la

partie demanderesse sera appelée en chambre du conseil ; elle n'aura pas besoin d'être assistée. Sur ce point nous raisonnons par analogie : dans le cas où le mari refuse à sa femme l'autorisation d'ester en justice, celle-ci aux termes de l'article 861 du Code de procédure civile peut se faire autoriser par un jugement rendu en chambre du conseil, après citation donnée à son mari suivant ordonnance du président. Il a été décidé, que lors de la comparution des parties devant le Tribunal, elles peuvent se faire assister d'un avoué, mais la présence de ce dernier est facultative (1).

L'affaire est instruite devant la chambre du conseil du Tribunal ; on évite ainsi la publicité de l'audience, publicité que la nature des débats pourrait rendre fâcheuse.

L'article 4 § 4 ajoute : « Il est procédé dans les formes « prescrites par les articles 892 et 893 du Code de procède « dure. Toutefois la convocation du conseil de famille « reste facultative ».

Les deux parties de cette disposition de loi doivent nous arrêter un instant.

Lorsque le rapport par le juge a été fait et que le ministère public a pris ses conclusions, le tribunal peut ordonner la convocation du conseil de famille, tandis qu'en matière d'interdiction, le tribunal est tenu de le convoquer. Les articles 892 et 893 sont favorables à cette interprétation. Dans notre cas, la convocation du conseil de famille reste toujours facultative. On avait proposé en 1883 de rendre obligatoire cette convocation. A cette époque M. Noirot, sous-secrétaire d'Etat au ministère de

(1) En ce sens : Pau 30 juin 1837. Dalloz, *Rép. V. Mariage*, n° 892. Cassation Req. 21 janvier 1846. D. 1846, I. 13.

la justice, qui soutint le projet devant le Sénat, répondit que l'on devait rejeter cette règle : n'y a-t-il pas lieu de craindre en effet que le conseil de famille ne présente les mêmes vices, la même corruption que celle qui est reprochée aux parents dont on poursuit la déchéance ? Ensuite, le conseil de famille exprimera-t-il en toute franchise sa façon de penser ? (1).

M. Boreau-Lajanadie en 1889 avait proposé un amendement tendant à rendre cette convocation obligatoire ; il fut rejeté.

Si cependant le tribunal, en vertu de la faculté qui lui est conférée par la loi, croit devoir le convoquer, le demandeur sera obligé de notifier au défendeur, en même temps que la requête, la décision de ce conseil, et avant qu'il ne soit procédé à son interrogatoire (art. 893 Pr. c.)

Cette délibération, avec l'avis du juge de paix qui s'y trouve exprimé, peut suffire à éclairer la religion du Tribunal qui prononce alors son jugement. Mais il a encore le droit d'appeler les parents ou toutes personnes aptes à le renseigner ; l'interrogatoire des parents n'est pas nécessaire et la mesure qui les frappe peut être prise contre eux, sans qu'ils aient été entendus. Il suffit simplement que le mémoire introductif d'instance leur ait été notifié (art. 4 § 2).

Cette procédure laisse un champ très vaste à l'appréciation du Tribunal. Il peut prononcer son jugement *de plano* sur le vu de la requête et des pièces justificatives, ou bien il peut surseoir à statuer, désireux de s'inspirer de l'avis du conseil de famille et de celui du juge de paix, ou d'entendre les parents ou toutes autres personnes.

(1, *J. O.* (séance du 3 juin 1883), 4 juin 1883. D. p. S. p. 619.

Seules les circonstances dicteront la marche à suivre dans chaque espèce.

§ 3. — *Des garanties requises.*

Avant d'introduire l'instance, le ministère public est tenu (art. 4 § 1) de faire une enquête sommaire sur la situation du mineur et sur la moralité des parents connus ; ils sont ainsi mis en demeure de présenter au tribunal les observations et les oppositions qu'ils jugeront convenables.

Aucune règle précise n'est donnée pour faire cette enquête à laquelle procédera le plus souvent l'administration (1). On consultera également soit le maire, soit le juge de paix, soit le commissaire de police, en un mot toutes personnes capables de donner des renseignements précis. Pour la décision à intervenir, il faut que le tribunal connaisse parfaitement le milieu dans lequel le mineur a vécu, et sache si parmi les personnes qui l'entourent, on peut choisir sans danger une personne que l'on investira de la tutelle.

Les parents connus seront admis à faire leurs observations : le contraire serait souverainement injuste. Il faut qu'ils puissent se défendre contre tous les bruits, contre toutes les calomnies, dont ils auraient pu être l'objet de la part de personnes malhonnêtes.

(1) Nous avons en ce moment sous les yeux un modèle d'enquête à faire par l'administration. Il se compose d'une simple feuille ainsi intitulée : enquête sur les mineurs délaissés ou abandonnés. Se trouve ensuite l'indication du département, des condamnations ayant pu frapper les parents, etc... Ce modèle dans l'administration porte la lettre A, qui sert à le distinguer du modèle B, établi sur une feuille d'une couleur différente, et spécial aux mineurs qui ont été l'objet de poursuites criminelles ou correctionnelles.

Ces modèles se trouvent dans les commissariats de police.

§ 4. — *Des mesures provisoires.*

Art. 5 : « Pendant l'instance en déchéance, la chambre
« du conseil peut ordonner relativement à la garde et
« à l'éducation des enfants, telles mesures provisoires
« qu'elle juge utiles. Les jugements sur cet objet sont
« exécutoires par provision. »

Cette disposition doit être complétée par l'art. 13 qui permet à toute personne, pendant l'instance en déchéance, sous certaines conditions, d'obtenir l'enfant. On est tenté de croire tout d'abord, qu'il y a là un vice de méthode dans la loi. Pourquoi en effet n'avoir pas mis dans le même chapitre et l'une après l'autre ces deux dispositions connexes? L'explication en est simple : la personne qui réclame ainsi l'enfant, doit déclarer qu'elle se soumet à certaines obligations du titre de la tutelle officieuse. C'est le motif pour lequel l'art. 13 a été placé dans le chapitre spécial à l'organisation de la tutelle en cas de déchéance ; il devait en être ainsi, d'autant plus que cette tutelle durera après l'instance.

La raison de ces mesures provisoires est très légitime : soit qu'un parent agisse contre le père, soit que le ministère public prenne l'initiative, il y a lieu de craindre, que le père sous l'empire d'une surexcitation qui le plus souvent ne manquera pas de se produire, laisse souffrir l'enfant pendant les derniers moments qu'il aura encore à passer sous sa garde. Et pour ne pas rendre illusoire par une opposition, cette décision, la loi décide que le jugement est exécutoire par provision.

C'est le tribunal qui statue sur les mesures provisoires : n'eût-il pas mieux valu, comme en matière de divorce, autoriser le président à statuer provisoirement. Gagner

du temps en pareille circonstance est se montrer humain. Les droits du tribunal auraient été sauvegardés, puisque lors du premier jugement il aurait été appelé à statuer à nouveau.

§ 5. — *Des jugements et des voies de recours dont ils peuvent être l'objet.*

Deux sortes de jugements peuvent être rendus : les uns sont des jugements statuant sur des mesures provisoires : ils sont exécutoires par provision ; les autres sont des jugements au fond : ils sont susceptibles de deux voies de recours selon le cas, soit d'opposition, soit d'appel.

L'opposition n'est ouverte qu'à la partie défaillante. Quand y aura-t-il défaut de la part des parents ? La question est assez délicate. En matière civile le défaut est facile à définir : ou bien la partie n'a pas constitué avoué, ou ayant avoué elle n'a pas conclu. Le Code de procédure civile règle les différentes hypothèses. Mais ici, nous nous trouvons en présence d'une procédure bâtarde : les parents sont touchés de l'instance par le mémoire qui leur est notifié. La loi ne dit nulle part quelle est la règle qu'ils devront suivre pour devenir partie intégrante à la contestation. On dit simplement qu'ils seront mis en demeure de présenter les observations qu'ils jugeront convenables. D'autre part, le tribunal est libre de décider, s'il doit ou non les entendre.

Incontestablement, s'ils ont comparu à l'interrogatoire ordonné, s'ils ont présenté leurs observations, ils ne peuvent être considérés comme défaillants : ils ont été touchés de la demande, et y ont même répondu. Et on sait que la présomption de la loi en matière de défaut est celle-ci : il se peut que la partie défaillante n'ait pas été infor-

mée de la demande. Cette présomption ne s'applique plus dans nos deux hypothèses. Nous ne considérerons pas comme défaillants les parents qui ont proposé leurs observations, soit qu'ils acceptent soit qu'ils contestent, et les parents qui ont subi l'interrogatoire prévu par l'art. 4, § 5.

L'opposition est possible contre tout jugement prononçant la déchéance, dans la huitaine de la signification à personne et dans le délai d'un an si la signification a lieu à domicile. Cette différence dans les délais s'explique : la signification faite à personne ne laisse aucun doute sur la connaissance intime qu'a le défaillant du jugement prononcé contre lui. Une signification à domicile au contraire est faite soit à un domestique, soit à un voisin, soit au maire, selon les prescriptions de l'article 69 du Code de Procédure civile.

Le parent déchu n'aura pas à se plaindre de l'exiguïté du délai d'un an ; il ne peut normalement ignorer plus longtemps l'abandon effectif de son enfant. Il y a d'ailleurs un intérêt majeur à trancher rapidement les droits de l'association ou du particulier qui ont recueilli l'enfant (1). Ces règles sont complètement différentes de celles tracées en matière civile par les articles 155 et suivants (C. pr.).

Si le père relève le défaut et fait à nouveau défaut, l'art. 6 déclare que le jugement ne peut plus être attaqué que par la voie de l'appel. C'est l'application de la règle : « Opposition sur opposition ne vaut. »

L'instance est poursuivie contre le père et la mère à la fois, l'un comparait, l'autre fait défaut. Devra-t-on appliquer l'article 153 du Code de procédure civile, c'est-

(1) *J. O., loco citato.* Rapport de M. Gerville-Réache.

à-dire la procédure du défaut profit-joint? La loi de 1889 est muette sur ces différents points.

La voie de l'appel sera seule possible, soit que les parents aient comparu, soit que deux défauts se soient produits. Il appartient aux parties ainsi qu'au ministère public, qui joue ici le rôle de partie principale.

Nous trouvons dans l'art. 7 une nouvelle dérogation au droit commun : le délai n'est que de dix jours, tandis qu'en matière civile ordinaire il est de deux mois à partir du jour de la signification. Les dix jours comptent si le jugement est contradictoire, du jour où il est rendu et non pas du jour de la signification. Au cas de jugement par défaut, l'appel court du jour où l'opposition n'est plus recevable.

Le jugement sur le fond peut-il être déclaré exécutoire, nonobstant opposition ou appel? La loi ne le dit pas. Cependant lors de la discussion, il a été entendu que cette faculté appartiendrait aux tribunaux (1).

§ 6. *Conséquences juridiques de la déclaration de déchéance.*

Après les longues explications disséminées au cours de cette étude, nous n'aurons à donner ici que quelques brèves observations.

L'article 1 énumère tous les droits qui seront enlevés aux parents déclarés déchus. C'est d'abord le droit d'éducation, de garde, de correction, de jouissance légale et d'administration.

Les autres droits enlevés sont le droit de consentir au mariage (art. 148-150-151), droit de consentir une adop-

(1) *J. O., loco citato.* Rapport de M. Gerville-Réache.

tion, une tutelle officieuse, etc.... Plus haut nous avons dit que cette énumération n'était qu'énonciative ; nous avons également indiqué quelles étaient les prérogatives qui survivent au profit des parents.

L'article 8 de la loi ajoute encore une autre rigueur : tout individu déclaré déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre du conseil de famille. Cet article a eu pour but de faire disparaître de la loi une anomalie qui n'eût pas manqué de se produire. Un père destitué à l'égard de ses propres enfants aurait pu légalement être nommé tuteur d'autres mineurs.

Entrons dans l'examen de quelques hypothèses spéciales : l'action en déchéance est intentée contre un père dont l'épouse vit encore ; aucun jugement de séparation de corps n'est intervenu entre eux.

Le jugement de déchéance prononcé contre le père doit-il avoir un effet quelconque vis-à-vis de la mère ? Quelles sont les mesures de précaution à prendre dans l'intérêt des enfants ? Quelle est la règle au cas où un père destitué vient à contracter un second mariage ?

L'article 9 répond à ces diverses questions : « Dans le
« cas de déchéance de plein droit encourue par le père,
« le ministère public ou les parents désignés à l'art. 3
« saisissent sans délai la juridiction compétente, qui
« décide si dans l'intérêt de l'enfant la mère conserve les
« droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis
« par le Code civil. Dans ce cas il est procédé comme à
« l'article 4. Les articles 5, 6 et 7 sont également appli-
« cables. Toutefois lorsque les tribunaux répressifs pro-
« nonceront les condamnations prévues aux articles
« 1 et 2 § 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la

« déchéance de la puissance paternelle dans les conditions
« établies par la présente loi. »

Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la chambre du conseil dans les termes de l'art. 5 pour les enfants en bas âge.

Si le père privé de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, sa seconde femme peut au cas de survenance d'enfant demander au Tribunal l'attribution à son profit de la puissance paternelle sur ceux-ci.

Cette question des droits de la mère a été vivement controversée en 1883 et en 1889. De la part de certains orateurs on s'est élevé avec véhémence contre ces dispositions, qui permettent dans certains cas et par contre-coup de priver une mère honnête et digne de ses droits les plus sacrés. Le résultat proposé est étrange et inique, a-t-on dit. Voilà une mère de famille contre laquelle on ne saurait élever le moindre soupçon ; le mari au contraire est un dépravé avec raison on le destitue de ses droits et cependant on ne craint pas de frapper également la mère !

M. le sénateur Batbie avait demandé au Sénat en 1883, de décider que la mère privée de l'exercice de la puissance paternelle garderait cependant le droit à la jouissance légale. M. Roussel, rapporteur de la loi, répondit que l'on n'entendait pas associer la mère à la déchéance prononcée contre le père, mais qu'il y avait là une incapacité en raison de la subordination de la femme, qui n'évoquait aucunement dans l'esprit l'idée d'une flétrissure.

Aujourd'hui la mère est privée de l'exercice des droits

de la puissance paternelle tels qu'ils se trouvent définis au Code civil. Ce sont les termes mêmes de la loi, mais remarquons que ce sont simplement les droits prévus au titre de la puissance paternelle. Nul doute en conséquence qu'elle ne perde l'usufruit légal : il y a une raison juridique outre le texte même qui force à l'admettre : la femme étant mariée le plus souvent sous le régime de la communauté légale, le résultat auquel on arriverait dans la solution contraire serait absurde, puisque ce que le mari perdrait comme père, il le reprendrait à titre d'époux.

Il y a une différence considérable entre la mère déclarée déchue et la mère simplement privée de l'exercice des droits de puissance. Le texte de la loi met en relief ces deux notions dans un certain nombre d'articles, notamment dans l'article 10 § 1 qui oppose la mère destituée à la mère privée simplement de l'exercice de ses droits. La déchéance fait disparaître à jamais la puissance paternelle dans la personne de la mère ; personne ne pourrait l'exercer à sa place, si l'article 14 n'avait pas pris le soin d'en attribuer l'exercice à certaines personnes.

§ 7. — *Comment la mère sera-t-elle privée de l'exercice de la puissance paternelle.*

L'article 9 suppose deux hypothèses : ou bien la déchéance est encourue *de plano* ou bien elle est prononcée conformément à l'article 2.

A) *Déchéance encourue de plano.* — Les parents qui ont le droit d'agir doivent saisir sans délai la juridiction compétente, c'est-à-dire le tribunal civil. L'action s'engage comme au cas de demande principale par un mémoire. Le tribunal décide s'il y a lieu d'associer la mère

à la déchéance prononcée contre le mari ou si, au contraire, on peut, dans l'intérêt même de l'enfant, lui laisser le soin de diriger les enfants. Les règles de procédure expliquées plus haut sont applicables ici.

La juridiction répressive qui condamne le père, doit-elle pouvoir par la même décision statuer à l'égard de la mère ?

Le gouvernement, le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur avaient pensé que le tribunal répressif ne devait pas avoir le droit de trancher cette question. Contrairement à cet avis, la commission parlementaire prétendit qu'il fallait donner cette prérogative aux juridictions pénales. C'est cette dernière opinion qui a été admise dans la loi de 1889.

Ce droit appartiendra aux tribunaux, tant à l'égard de la déchéance *de plano* qu'à l'égard de la déchéance facultative. Cette règle de la loi de 1889 est d'un grand intérêt pratique : elle évite des frais, des lenteurs ; le tribunal répressif a tous les renseignements nécessaires qui lui permettent de se prononcer en parfaite connaissance de cause ; en outre, dans un grand nombre d'arrondissements, la juridiction civile juge correctionnellement. On serait ainsi arrivé à ce résultat bizarre, de voir des juges correctionnels se renvoyer à eux-mêmes comme juges civils une affaire sur laquelle dès maintenant ils sont complètement édifiés.

Au point de vue strict des principes, on peut regretter cet empiètement du criminel sur le civil. Tant que la décision ne frappe que le père, la loi est logique avec elle-même ; il n'en est pas de même quand elle vise la mère. Un père est condamné en police correctionnelle ; le tribunal le déclarera déchu de sa puissance paternelle et il décidera en même temps que la mère sera privée de

l'exercice des droits de puissance : il arrivera fréquemment ainsi que la mère ne connaîtra pas la poursuite et par là même n'aura pas eu les moyens de se défendre.

Mais ici, on n'a pas prévu un résultat extraordinaire qui ne manquera pas de se présenter : la mère n'est pas partie au jugement correctionnel, puisque nous supposons qu'il est rendu contre le mari seul. Cependant elle a le droit d'interjeter appel ou de former opposition à ce jugement ; l'article 9 § 1 l'implique. Légalement, cette décision de justice aura deux faces et deux aspects ; elle pourra être maintenue à l'égard de l'un, corrigée à l'égard de l'autre. Cela arrive évidemment en matière pénale, mais ce qui n'existe nulle part, c'est cette procédure qui permet de rendre une personne partie à un jugement sans qu'elle soit touchée de la poursuite et sans qu'elle ait été appelée à se défendre. Quant à nous, nous estimons que cette disposition n'aurait pas dû être acceptée : aux tribunaux répressifs la connaissance des délits et aux tribunaux civils celle des questions d'état.

Si la juridiction pénale n'a rien décidé concernant la mère, l'action est alors intentée devant le tribunal civil ; l'article 9 § 3 prescrit au tribunal de trancher par le même jugement le sort de la mère, de sorte que grâce à l'article 9 § 1 et § 3, au cas de déchéance *de plano*, la situation des enfants se trouvera réglée sans difficulté.

Cet article va même plus loin : les droits de la mère sont fixés tant à l'égard des enfants nés, que vis-à-vis de ceux à naître, sauf dans ce dernier cas le droit par la mère, suivant l'article 5, de demander au tribunal d'ordonner toutes mesures provisoires dans l'intérêt des enfants, pour la période du premier âge.

B) *Cas de déchéance facultative*. — Les explications que nous venons de donner s'appliquent, *mutatis mutan-*

dis, à notre hypothèse. Le texte de la loi est du reste sur ce point très compréhensible.

C) *Cas de second mariage du père*. — Nul doute que si le père est déclaré déchu, les enfants naissant d'une nouvelle union n'échappent à son autorité. La déchéance est absolue. Que décider relativement à la nouvelle épouse ?

« Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces enfants. » Art. 9 *in fine*.

On a prétendu que ce texte était inutile. On sera, a-t-on dit, en présence d'un homme qui aura obtenu la confiance de la famille dans laquelle il vient d'entrer, qui commencera une nouvelle vie et qui cependant *de plano* se trouvera par l'effet d'une condamnation antérieure privé de tout droit sur les enfants qui pourront naître de cette union. C'est un véritable guet-apens juridique ; le mari aura l'autorité maritale sur sa femme ; si celle-ci demande l'attribution de la puissance paternelle, n'y aura-t-il pas incompatibilité entre ces deux puissances devenues rivales ? Si la femme ne la demande pas, quel sera le sort des enfants ? Les père et mère n'auront aucun droit sur eux, le père en raison de sa condamnation, la mère en raison de la présomption légale qui lui refuse cette puissance durant le mariage et en vertu du principe même de l'article 9 *in fine*.

Aussi a-t-on proposé la suppression de ce paragraphe. Du côté de la commission de la Chambre on a répondu : il se peut que l'état du nouveau ménage permette aux tribunaux de conférer la puissance paternelle à la nouvelle femme que l'époux déchu a choisie. Dans ce cas,

on donne à la femme le droit de demander aux tribunaux la garde des enfants issus de ce nouveau lit. Mais s'ils ne sont pas réclamés, ils sont de plein droit sous la protection de l'assistance publique. Le ministère public devra demander aussitôt leur naissance la constitution d'une tutelle ; la nouvelle femme pourra réclamer du tribunal que les enfants restent en sa puissance. C'est ce pouvoir que le paragraphe critiqué lui confère.

CHAPITRE XV.

Organisation de la tutelle.

Lorsque l'un quelconque des époux vient à mourir ou est déclaré absent, si du mariage sont issus des enfants encore mineurs, il y a lieu à tutelle. De même, si à raison de certaines circonstances les deux époux sont à la fois dans l'impossibilité physique d'exercer les droits de puissance paternelle, la tutelle s'ouvre provisoirement. Il est naturel de ne pas laisser l'enfant sans protecteur ; la tutelle provisoire cessera immédiatement dès que l'impossibilité physique qui l'a occasionnée viendra à disparaître. Cette tutelle ne peut être que provisoire ; le contraire serait antijuridique, puisque la loi ne permet d'instituer une tutelle qu'au cas de mort ou de déclaration d'absence (art. 141 et 390 C. c.) (1).

Si le père durant le mariage se trouve incapable d'exercer la puissance paternelle, il n'y a pas ouverture à tutelle. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour attribuer alors à la mère l'administration légale ; il en est de même si le père est simplement présumé absent.

L'interdiction du père pour démence ou crime ne donne pas ouverture à la tutelle. La mère aura dans tous

(1) Aubry et Rau, p. 366, § 87 *in fine* et note 4, t. I. : p. 639, § 160 *in fine* et note 8, t. I. — Demolombe, VI, p. 454, VII, p. 27.

les cas la surveillance des enfants ; il en sera de même si le mari est dans l'impossibilité légale, morale ou physique d'exercer l'autorité paternelle.

Tels sont les principes du droit civil, que nous avons tenu à mettre en relief, au début de ce chapitre consacré à l'étude de l'organisation de la tutelle en cas de déchéance de la puissance paternelle. C'est l'objet du chapitre II, titre I de la loi ; il ne contient que quelques articles que nous allons passer en revue.

Aucune difficulté ne se présente si le père étant déclaré déchu, la mère existe encore et si elle n'a pas été comprise au jugement rendu contre le père. Le jeu des principes est très simple : puisque le père se trouve dans l'impossibilité légale de pouvoir exercer les attributs de la puissance paternelle, de droit la mère doit avoir la surveillance des enfants issus du mariage.

Si la mère est prédécédée, ou si elle a été destituée, ou si le tribunal lui a retiré l'exercice des droits de puissance, qui va pourvoir à la protection des enfants ? Les articles 10 et 11 donnent la réponse : ou bien le tribunal décidera que la tutelle du droit commun sera ouverte, ou bien la tutelle sera confiée à l'Assistance publique conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 18 janvier 1849.

La loi de 1889 a réglé d'une façon générale le sort de tous les mineurs dont les parents sont déclarés déchus.

§ 1. — *Tutelle de droit commun.*

Les règles de cette tutelle sont au Code civil sous les articles 389 à 487. La tutelle de droit commun est un mandat imposé par la loi ou par la volonté de l'homme et en vertu duquel une personne capable se trouve obligée

de prendre soin d'un mineur non émancipé ou d'un interdit, d'administrer ses biens ou de le représenter dans la vie civile (1). La tutelle est une charge publique et gratuite (2).

Trois rouages composent la tutelle : le tuteur est la personne chargée de représenter le mineur ; le conseil de famille est une assemblée des parents ou alliés ou amis sous la présidence du juge de paix, chargée de contrôler les actes du tuteur, de donner des avis dans certains cas. Le subrogé-tuteur est investi de la mission de surveiller la gestion du tuteur et de représenter le mineur dans toutes les affaires où ses intérêts sont opposés à ceux du tuteur. (Art. 420 C.)

Tel est le mécanisme de la tutelle. On comprend alors *à priori*, les hypothèses dans lesquelles le tribunal autorisera l'ouverture d'une tutelle de droit commun. Si on a pris la peine d'enlever l'enfant aux parents qui se sont montrés indignes, on ne doit le laisser au milieu de sa famille que si elle présente des garanties de moralité et d'honnêteté qui ont fait défaut à ceux-ci.

Chaque fois que ces garanties se rencontreront, il y aura lieu à tutelle dative : le juge de paix convoquera en conséquence le conseil de famille suivant les prescriptions du Code civil et sous sa présidence il sera nommé un tuteur.

Deux dérogations sont apportées au droit commun. En premier lieu cette tutelle n'est pas obligatoire : le projet de la commission de la Chambre lui avait maintenu ce caractère, mais le gouvernement sur les avis du conseil

(1) Baudry-Lacantinerie, t. 1.

(2) Aubry et Rau, t. 1, 369 § 89.

d'Etat avait admis la règle opposée ; la tutelle ne sera pas obligatoire.... « sans toutefois qu'il y ait pour la personne désignée obligation d'accepter cette charge, » dit le premier alinéa de l'article 10. M. le conseiller d'Etat Courcelle-Seneuil donne dans son rapport la raison de cette dérogation : « Le conseil a considéré qu'un jugement de déchéance étant déterminé par une appréciation humaine, n'avait pas le caractère fatal de la mort et que l'attribution de la tutelle à telle ou telle personne « pourrait donner lieu à des abus. ».

Ajoutons encore cette autre considération : au cas de refus, les dangers que courent les mineurs sont moins grands, car à côté de cette tutelle de droit commun se trouve organisée celle de l'assistance publique. (Art. 22).

Mais nous ne trouvons aucune disposition spéciale concernant les excuses que pourrait invoquer un tuteur déjà investi de la tutelle, pour s'en faire décharger. C'est une règle de notre loi : on admet assez facilement les excuses *a suscipienda tutela*, mais on est très rigoureux à l'égard des excuses *a suscepta tutela*. Nous déciderons en conséquence que le tuteur ne pourra renoncer à la mission qu'on lui a confiée, qu'autant qu'il invoquera valablement à son profit les causes prévues par les articles 433 et s. C. c.

La seconde dérogation apportée au droit commun est la suivante : article 10 § 2 : « Les tuteurs institués en vertu de la présente loi remplissent leurs fonctions sans que leurs biens soient grevés de l'hypothèque légale du mineur. »

Cette faveur spéciale accordée au tuteur avait été proposée dans tous les projets élaborés depuis 1881 ; les Chambres l'ont admise sans difficulté en 1889. La raison invoquée est des plus simples : l'hypothèque légale gre-

vant les biens du tuteur, réduit incontestablement son crédit. Si donc on impose au tuteur cette charge très lourde, on aboutit fatalement à ce résultat : très rarement des personnes de bonne volonté se présenteront pour réclamer une semblable tutelle.

D'ailleurs les mineurs de cette catégorie appartiennent le plus souvent à la classe pauvre. Fréquemment ils n'ont aucun bien personnel. Quelle utilité aurait donc pu présenter la plupart du temps cette hypothèque ? En cas de tutelle ordinaire, on conçoit fort bien qu'elle frappe le tuteur, car la tutelle s'ouvrant à la mort de l'un des parents, le plus souvent l'enfant a des biens personnels : c'est alors la source de créances du mineur contre le tuteur, et de là nécessité une fois pour toutes, d'en garantir le recouvrement en grevant les biens de ce dernier.

La dispense d'hypothèque légale n'est pas absolue : « toutefois, au cas où le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens, le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. » (Art. 10 § 3.)

Ce texte nous inspire plusieurs réflexions. L'hypothèque ne peut être établie que si le mineur a des biens personnels ou est appelé à en recueillir, sinon elle n'aurait aucune utilité et ne correspondrait à aucun besoin. La loi doit s'efforcer par tous moyens d'assurer la libre et commode circulation des biens. Elle eût manqué à ce devoir, si elle avait permis aux tribunaux d'accorder en toute espèce de cas une hypothèque au mineur. En outre, le texte permet de constituer soit une hypothèque générale, soit une hypothèque spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée.

L'hypothèque sera générale, quand les biens du mineur

auront une certaine valeur ou que cette valeur se rapprochera sensiblement de la fortune du tuteur. Si les biens du mineur sont de peu d'importance, ou si même ayant une certaine consistance ils ne ressemblent en rien comme équivalence à ceux du tuteur, il est utile que les biens de ce dernier ne soient pas grevés. Les tuteurs seront quelquefois des personnes très riches désirant employer en bonnes œuvres les revenus de leur fortune.

§ 2. — *Tutelle de l'Assistance publique.*

Il faut prévoir le cas où la famille du mineur est composée de membres indignes : lui confier le soin de choisir le tuteur, serait rendre la déchéance qui a atteint le père le plus souvent illusoire. De plus, la tutelle dative n'étant pas ici obligatoire, on pourra se trouver en présence de refus répétés.

Un régime exceptionnel s'impose en conséquence ; l'article 11 l'organise : si la tutelle n'a pas été constituée conformément à l'article précédent, elle est exercée par l'Assistance publique conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849, ainsi qu'à l'article 24 de la présente loi. Les dépenses sont réglées conformément à la loi du 5 mai 1869.

L'intérêt bien entendu de l'enfant conduit à décider que chaque fois que la chose sera possible, il vaudra mieux créer autour de lui une nouvelle famille. L'assistance publique remplit son devoir avec une grande sollicitude, mais elle offre des inconvénients inhérents à l'institution elle-même. L'enfant ne connaîtra avec elle, qu'une personne morale qui ne pourra malgré sa bonne volonté donner à l'enfant une éducation de famille. Souvent il ignorera le nom de son tuteur et celui-ci n'appren-

dra le nom de son pupille que par voie administrative. Aucun lien d'affection ou de reconnaissance n'apparaîtra. Tout sera artificiel. L'Assistance publique ne doit donc être appelée à exercer la tutelle que lorsque toute autre solution est devenue impossible. C'est à ce moment seulement, que l'Etat doit se substituer à la famille.

En 1881, lors de la proposition de M. Th. Roussel, on discuta très longuement les mesures à édicter pour l'organisation de cette tutelle publique.

La majorité des membres de la commission sénatoriale était d'avis qu'il ne fallait pas créer d'organisme nouveau et que les ressources de la législation actuelle pouvaient avec quelques modifications suffire amplement. La loi de pluviôse an XIII attribue la tutelle des enfants assistés, à Paris à l'Assistance publique, dans les départements aux commissions hospitalières : une simple extension de la loi devait suffire dès lors pour obtenir le résultat cherché.

Ainsi organisée, disait-on, l'institution nouvelle ne peut rencontrer aucune difficulté pratique. C'est à des établissements chargés de fonctions analogues que l'on s'adresse. L'augmentation de leurs attributions n'apportera aucun trouble dans leur fonctionnement.

L'assistance publique à Paris et les commissions hospitalières se sont toujours efforcées de placer les enfants qui leur sont confiés chez des particuliers ou dans des établissements privés responsables vis-à-vis d'elles. Ainsi se trouve réalisé ce vœu qui tend à assurer à l'enfance la vie de famille et une éducation apte à la fortifier pour la lutte de l'existence. Un contrôle de tous instants permettra à l'Etat de ne pas livrer les mineurs aux personnes qui pourraient en abuser ou donner une fausse direction à leur éducation. Ainsi se trouvent sauvegardés les droits de l'Etat d'une part, dont on consacre le droit

de surveillance, et d'autre part l'intérêt de l'enfant auquel on donne une famille.

Tel était le projet dans toute sa simplicité.

Certains membres de la commission avaient préconisé un système tout autre, inspiré des pays de droit germanique.

Deux éléments nouveaux, le conseil de famille et le conseil de tutelle cantonale auront le droit de désigner dans chaque cas particulier un tuteur à l'enfant ; cette désignation spéciale et personnelle devra avoir pour résultat de faire naître entre le pupille et le tuteur un lien sérieux.

Les tuteurs de tout un canton seront surveillés par un conseil de famille et un conseil de tutelle cantonale. C'est le système qui fonctionne en Allemagne. Il a été repoussé.

Lors de l'élaboration de la loi en 1889, diverses contestations surgirent : les uns s'opposaient à ce que l'Assistance publique fût érigée en tuteur universel ; l'Assistance publique, disait-on, a des fonctions déjà trop absorbantes ; elle cherchera plutôt à étendre le cercle de ses attributions et à balancer son budget par un excédent de recettes.

A ces critiques on répondait dans l'autre camp, que les établissements privés n'étant pas surveillés, imposeront des travaux trop rudes aux enfants et se soucieront surtout de réaliser des bénéfices.

De part et d'autre, il y avait évidemment de l'exagération. Il est un juste milieu à observer : on ne doit pas imposer à l'enfant une somme de travail qui épuiserait ses forces, mais il est utile de lui donner des habitudes de travail et d'honnêteté qui lui permettront de gagner honorablement sa vie. Par tous moyens l'Etat doit s'efforcer de diminuer le nombre des non-valeurs.

Le projet adopté par le conseil d'Etat était celui-ci : l'Assistance publique à Paris et les commissions hospitalières départementales exerceront la tutelle. Toutefois les tribunaux pourront la confier à des établissements particuliers reconnus d'utilité publique. Ces différentes institutions, Assistance publique, commissions hospitalières et établissements particuliers pourront déléguer à des particuliers leurs pouvoirs sous leur responsabilité personnelle. Jamais cependant l'autorité publique n'abdiquera ses droits.

Le conseil supérieur et le projet parlementaire admirent cette réglementation.

Quel est le système de la loi de 1889 ? Lorsqu'on n'aura pas pu organiser la tutelle de droit commun, elle sera exercée à Paris par l'Assistance publique et dans les départements pour les inspecteurs des enfants assistés. Le droit de délégation leur est reconnu (1).

Nous arrivons à l'article 12 qui consacre ce principe, que la déchéance encourue par les parents ne les dispense pas des obligations énoncées en l'article 203 du Code civil. C'est le corollaire de l'article 1 *in fine*. Si donc le père a des ressources, le tribunal en statuant sur la tutelle fixera le montant de la pension que les père et mère devront fournir à l'enfant. Ils n'en seront dispensés qu'au cas d'indigence.

Réciproquement les enfants seront tenus de fournir des secours à leurs parents tombés dans le besoin (2).

(1) Voir pour les détails, le chapitre spécial de l'Assistance publique et sous l'article 24. Les observations que nous pourrions présenter maintenant, y trouveront leur place naturelle.

(2) L'article 12 a été expliqué sous le paragraphe des conséquences juridiques de la déchéance de la puissance paternelle.

CHAPITRE XVI

§ 1. — *De la tutelle officieuse* (art. 13).

Cet article consacre une innovation importante dans notre législation ; jusqu'en 1889, la tutelle officieuse n'avait pas produit les résultats pratiques que l'on pouvait être en droit d'en attendre. Une modification s'imposait.

La tutelle officieuse, dit M. Baudry-Lacantinerie, est l'acte juridique par lequel une personne en se soumettant aux obligations de la tutelle ordinaire, s'impose de plus l'obligation de nourrir gratuitement son pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie, le tout en vue de l'adopter plus tard. (Art. 361 et s. C. c.)

On pensa en 1889, qu'en organisant une tutelle officieuse d'une nature spéciale, on augmenterait les ressources de la charité et qu'on favoriserait ainsi les actes de bienfaisance. L'innovation porte le nom de tutelle officieuse, mais elle en diffère à plus d'un titre.

Elle n'est pas le préliminaire d'une adoption. Celui qui réclame le bénéfice de cette tutelle, peut l'obtenir dans deux cas : 1° pendant l'instance en déchéance de la puissance paternelle en présentant une requête au tribunal et en se soumettant aux obligations prévues par l'art. 364 § 2 ; 2° en demandant au Tribunal que la garde de l'enfant à lui attribuée depuis trois ans au moins, soit par l'Assistance publique, soit par les commissions hospitalières, lui soit maintenue à titre de tutelle officieuse.

La loi ne requiert pas de ce tuteur officieux l'âge minimum de cinquante ans, ni l'absence d'enfants qui lui

soient propres. On n'exige pas non plus du pupille qu'il soit âgé de moins de quinze ans (art. 362).

Cette tutelle diffère encore de l'autre, en ce qu'elle n'a pas pour but de créer entre tuteur et pupille un lien d'adoption ou de famille ; elle ne donne au pupille aucun droit actuel ou éventuel sur les biens du tuteur ; au cas de mort du tuteur avant la majorité de l'enfant, il est pourvu à la tutelle d'après les articles 11 et 12, mais on a rejeté l'application proposée de l'article 367, qui confère dans ce cas au mineur certains droits sur la succession du tuteur.

L'obligation du tuteur n'est que morale : elle cesse quand le mineur est en état de gagner sa vie ; cependant si en fait il arrivait qu'à sa majorité, il ne fût pas en état de pourvoir à ses besoins par la faute du tuteur, il n'aurait pas le droit comme le porte l'article 369 (C. c.) au cas de tutelle officieuse ordinaire, de faire condamner le tuteur à une indemnité à raison de cette incapacité.

Lorsqu'une personne demande la tutelle officieuse, soit en intervenant pendant l'instance en déchéance, soit parce que le mineur lui est déjà confié depuis trois ans, elle doit déclarer qu'elle s'engage indépendamment de toutes stipulations particulières, à nourrir le pupille, à l'élever et à le mettre en état de gagner sa vie.

Le tribunal s'entoure de tous les renseignements qui sont de nature à l'éclairer sur le but poursuivi par le demandeur et sur sa moralité. S'il fait droit à la requête, la personne et les biens du mineur passent entre ses mains. Mais ce n'est pas là un usufruit légal qui lui est conféré sur le patrimoine du pupille, puisqu'il ne pourra en aucune façon imputer les dépenses d'éducation et d'entretien sur les revenus. L'obligation de rendre

compte lui est imposée quand il cesse ses fonctions.
(Art. 373 C. c.)

La déchéance encourue par les parents leur enlève le droit de consentir au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse ou à l'émancipation. Or, le tuteur ne peut donner ce consentement, ni la mère elle-même si elle n'a pas été privée de l'exercice de la puissance paternelle, puisque le mari vit encore. Qui pourra consentir valablement? L'article 14 décide que ces différentes prérogatives appartiendront aux personnes appelées à les exercer dans l'hypothèse où les père et mère seraient décédés.

§ 2. — *De la restitution de la puissance paternelle.*

Le législateur de 1889 a pensé qu'il ne fallait pas annihiler chez l'homme qui a commis une faute, la volonté et l'espoir de se relever un jour, et fermer à tout jamais la porte au repentir. Dans les articles 15, 16, 17, il prévoit la restitution de la puissance paternelle. Bien que ces dispositions soient inspirées par des sentiments d'humanité et d'indulgence, elles ont été très contestées lors de l'élaboration de la loi.

Deux systèmes se trouvaient en présence : les uns voulaient que la déchéance prononcée ne pût être rapportée, les autres au contraire qu'elle ne fût pas irrévocable.

Quelles sont les raisons invoquées par les partisans de la première opinion? L'intérêt de l'enfant exige que son éducation soit stable et uniforme. Il ne faut pas lui donner un premier guide, puis le confier à un autre : l'unité de son éducation serait détruite. Rien n'est plus nuisible chez l'enfant, que ces changements de direction. N'est-il pas dangereux à un autre égard, de l'élever au milieu de ces

discussions, de ces procès, de ces conflits qui ne manqueront pas de se produire, si la déchéance encourue par les parents peut être effacée.

L'opinion contraire qui a prévalu, s'appuyait surtout sur des raisons d'humanité. Doit-on à jamais décider, que le père sera privé de cette autorité, malgré sa régénération morale ? N'est-ce pas là supprimer en lui un élément de force et d'énergie ? Le condamné à une peine perpétuelle a encore au cœur l'espoir d'une grâce ; la loi civile se montrerait ainsi plus rigoureuse : la peine qui a frappé le père le suivrait jusqu'à la mort !

Cette dernière solution, qui répond parfaitement aux sentiments de bienveillance et d'indulgence que l'on doit rencontrer au cœur de tous les hommes, au point de vue strict et rigoureux n'est pas satisfaisante. Il est dangereux de laisser en suspens une question d'état, et du reste les parents qui ont une première fois failli à leurs engagements les plus sacrés peuvent s'amender mais retomber ensuite ; ne sera-il-pas pénible de voir se pratiquer d'aussi funestes expériences ?

La déclaration de déchéance entraîne non seulement la perte de l'exercice des droits de puissance, mais enlève encore la jouissance : l'anéantissement de l'autorité paternelle est complet. La restitution aura donc pour résultat de faire renaître ces droits.

On avait lors de la discussion de la loi proposé deux sortes de réhabilitation : si la déchéance était encourue *de plano*, la réhabilitation obtenue dans les termes de l'article 619 du Code d'instruction criminelle faisait disparaître toute déchéance. Si la déchéance était facultative, les parents étaient admis à la réintégration dans leurs droits, trois ans au minimum après le jugement qui les avait frappés.

La réhabilitation du Code d'instruction criminelle ne suffit pas d'après la loi de 1889, de même qu'elle n'a pas pour effet de faire rentrer par exemple le condamné dans les sommes qu'il a été tenu de verser à titre de dommages-intérêts.

Pour crimes, elle ne peut avoir lieu que cinq ans après la libération et trois ans après au cas de délits (art. 619, C. I. C.). Le condamné doit en principe avoir résidé cinq ans ou trois ans dans le même arrondissement et deux ans dans la même commune. Il adresse une demande au procureur de la République, dans laquelle il indique sa condamnation et les lieux où il a résidé depuis ; il doit également justifier du paiement des frais et des dommages-intérêts. Le procureur instruit la demande conformément aux articles 624 et 625 (I. C.) ; la Cour d'appel est ensuite saisie et statue. Si la demande est rejetée, on n'en peut former une nouvelle avant le délai de deux ans (art. 629, I. C.)

Il en résulte que tous parents déclarés déchus par application des articles 1 et 2 § 1, 2, 3, 4 qui supposent une condamnation, ne pourront être réintégrés dans leurs droits qu'après l'expiration de leur peine et un délai de cinq ans ou de trois ans après leur libération.

Si les parents ont été déclarés déchus par application de l'article 2 § 5 et 6 étrangers tous deux à l'idée d'une condamnation judiciaire, la demande en restitution ne pourra être formée par eux que trois ans après le jugement qui a prononcé la déchéance.

Quelles sont les formalités de cette demande en restitution ? Elle est introduite sur une simple requête adressée au président du Tribunal. Ce magistrat commet un juge pour faire rapport au jour indiqué, après communication préalable au ministère public. La demande est jugée par

le tribunal réuni en chambre du conseil ; les dispositions des articles 4, 5, 6, 7, s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la demande en restitution (art. 16).

L'avis du conseil de famille est obligatoire : il ne l'était pas lorsqu'il s'agissait de prononcer la déchéance. C'est une anomalie ; cependant le tribunal n'est nullement lié par cet avis dont il s'inspirera évidemment, s'il lui paraît sincère et donné en pleine indépendance.

La demande, dit le § 2 (art. 16), est notifiée au tuteur qui peut présenter dans l'intérêt de l'enfant ou en son nom personnel les observations qu'il croit devoir faire contre la demande.

Le défendeur au procès est naturellement indiqué : c'est le tuteur : la loi lui accorde le droit de figurer dans l'instance, tant en son nom personnel que dans l'intérêt du mineur.

En son nom personnel, cela se conçoit, puisque la loi accorde la faculté au tuteur de pouvoir dans un but de charité ou de bienfaisance diriger l'éducation de l'enfant ; il fallait également lui donner le droit inverse, celui de défendre son pupille contre toutes entreprises. Il est engagé personnellement au succès de l'éducation du pupille, indépendamment des liens d'affection qui l'attachent à ce dernier.

Au nom du mineur : c'est l'intérêt de celui-ci qui est en jeu ; il est naturel qu'il puisse se défendre. C'est de toute justice.

Le tuteur doit être prévenu de la demande : il sera ainsi appelé à faire toutes observations et oppositions qu'il jugera convenables. Il mettra en relief les soins que son pupille reçoit dans sa famille adoptive et ceux dont il pourrait être l'objet dans sa famille naturelle. Le tribu-

nal appréciera ses raisons et se décidera en considération de l'intérêt de l'enfant.

Le tuteur n'est pas obligé de figurer nécessairement dans l'instance : il suffit que le mémoire lui soit notifié ; le texte de l'article 16 §2 est formellement en ce sens.

« Le tribunal, en prononçant la restitution de la pui-
« sance paternelle fixe, suivant les circonstances, l'in-
« demnité due au tuteur ou déclare qu'à raison de l'indi-
« gence des parents, il ne sera alloué aucune indem-
« nité » (art. 16 *in fine*). En instituant la tutelle, le tribunal statue sur la pension alimentaire à fournir par les parents ; en la déclarant éteinte, il était logique également que le tribunal fixât en retour la somme qui devait être allouée au tuteur à titre de dédommagement. L'article 12 et l'article 16 § *in fine* ne sont que des corollaires de l'article 205 (C. c.)

Le projet amendé du Gouvernement ainsi que celui de la commission parlementaire avaient inséré à la fin de l'article 16 la disposition suivante : « La demande qui aura été rejetée ne pourra plus être introduite, si ce n'est par la mère après dissolution du mariage. »

Cet alinéa ne figure pas dans la loi. Le Conseil d'Etat qui avait préconisé cette thèse, invoquait à l'appui un argument juridique : il est d'intérêt public que les procès aient une fin. La demande en restitution une fois repoussée ne pourra plus être reproduite ; on arrête ainsi celui qui ayant fait témérairement une première demande, tenterait de la renouveler.

Le conseil supérieur de l'Assistance publique, malgré l'avis de son secrétaire M. Brueyre qui préférait « la mansuétude du texte du premier projet à la rigueur juridique de celui du Conseil d'Etat », avait adopté cette même rédaction de l'art. 16. Le Gouvernement l'avait

également fait, alléguant non pas la raison de droit qui avait inspiré le Conseil d'Etat, mais cette raison de fait que de tels procès créent un trouble moral, jettent l'enfant dans l'incertitude sur son avenir, éveillent en lui des désirs et des craintes.

Les Chambres ne se sont pas rangées à cette opinion et le paragraphe proposé a été repoussé.

Nous le regrettons, car nous craignons que les parents déclarés déchus déguisant leurs desseins, réitérent sans cesse la demande en restitution, jusqu'au moment où elle sera accueillie. Leur intérêt pécuniaire les y poussera le plus souvent, et ces demandes se feront surtout au moment où l'enfant commence à produire plus qu'il ne coûte et qu'il devient une source de revenus.

CHAPITRE XVII

§ 1. — TITRE II. — *De la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention de parents.*

Le titre II de la loi a pour objet la protection des mineurs dont les particuliers, les associations de bienfaisance ou l'Assistance publique ont accepté la charge, soit avec l'approbation des parents à ce autorisés par le conseil de famille (art. 17), soit sans leur intervention (art. 19). Le projet que le Gouvernement avait soumis à l'examen du conseil supérieur de l'Assistance publique et du Conseil d'Etat, avait adopté un autre intitulé : « du délaissement des enfants. » Le changement survenu dans le titre tient à un remaniement complet : le délaissement avec la signification juridique qu'on lui donnait, a été abandonné.

Les mineurs dont il s'agit maintenant, sont les malheureux enfants dont les parents d'une façon générale refusent ou sont dans l'impossibilité de remplir leurs devoirs de surveillance ou d'éducation.

Au cas de déchéance encourue par les parents, le sort des enfants est confié à l'Assistance publique ou à un tuteur de droit commun ; dans l'un et l'autre cas, l'éducation de l'enfant est assurée. Il en est de même à l'égard de ceux qui sont placés dans une maison de correction (art. 66 C. p.).

Les enfants abandonnés, trouvés, orphelins, au sens juridique du mot, sont placés sous la protection de l'Assistance publique, suivant les prescriptions de la loi de pluviôse an XIII. La société à l'égard de ces catégories,

mineurs abandonnés, détenus ou orphelins a un rôle facile à remplir, car elle ne rencontre sur son chemin aucun obstacle légal ; ou bien la famille n'existe plus, ou bien elle n'a aucun droit.

Le titre II de la loi de 1889 a comblé une lacune ; il règle la situation de ces mineurs qui ont encore une famille qui les a délaissés. La charité privée les recueillait ; mais elle avait constamment à craindre jusqu'ici, qu'à un moment quelconque l'autorité paternelle ne les lui arrachât. Le titre II permet d'éviter cet abus révoltant.

Avant la loi de 1889, aucune loi n'avait pris soin de cette situation si intéressante. C'est ainsi, disait-on en 1881, l'existence des petits vagabonds des rues et des carrefours des grandes villes, qu'on voit mendiant, faisant l'école buissonnière, poussés par l'oisiveté au vol et de là au crime, qui préparent aux prisons leurs recrues et à la société le lourd contingent de non valeurs, que fournit partout cette partie de la population, qui passe de l'enfance à l'âge adulte sans aucune culture morale ou intellectuelle (1).

Ce qui explique cette négligence de la part du législateur et ce qui tend à l'excuser, c'est la difficulté en présence de laquelle il se trouvait. S'il s'agit d'un enfant abandonné, le rôle de l'Etat est simple, aucune famille n'est à craindre ; s'il s'agit également d'un mineur détenu en maison de correction, l'infraction qu'il a commise donne le droit à la société d'assurer son sort. Mais en présence de ces jeunes vagabonds, il y a lieu de craindre à tout instant que la famille vienne les réclamer au nom des droits inviolables de l'autorité paternelle.

(1) Sénat. Annexes 1881. *J. O.*, Doc. parl., p. 870.

La commission du gouvernement avait recherché en 1881, les conditions dans lesquelles en France, les enfants délaissés sont recueillis par les établissements privés ou par les particuliers. L'enquête faite par la Société générale des prisons fut très concluante : le remède était indiqué par tout le monde. Il était urgent de donner par une loi aux établissements privés et aux particuliers un droit de garde semblable à celui que le Code pénal a accordé aux établissements de jeunes détenus. La solution était ainsi nettement tracée : il fallait apporter des modifications aux droits de la puissance paternelle et concilier le respect dû à cette institution avec les devoirs qui incombent à l'Etat.

On pensa recourir d'abord aux données fournies par la Société américaine de patronage, le « New-York juvenile asylum, » dont le mécanisme est très simple : les contrats passés avec les parents des enfants délaissés sont placés sous la protection de la loi.

En France cette solution était à ce moment impraticable. Dans notre droit la puissance paternelle est d'ordre public ; elle ne peut faire l'objet d'une convention. Le projet permettait de distraire de la puissance paternelle un certain nombre de droits, le droit de garde, le droit d'éducation, le droit de correction, à l'égard desquels seulement les parents pouvaient valablement faire toutes stipulations. Le droit de passer le contrat appartenait aux père et mère et à leur défaut au tuteur, mais dans ce dernier cas avec la garantie du conseil de famille. Le juge de paix devait approuver le contrat dans un certain délai : c'était une condition *sine qua non* de validité.

On sait le sort de ce projet qui avait été adopté par le Sénat en 1883. Nous arrivons ainsi à la loi de 1889.

Le gouvernement dans son premier projet avait admis le contrat de dessaisissement ; il se ralliait ainsi à l'opinion du Sénat. C'est le contrat passé devant le juge de paix par les parents, et qui a pour résultat de confier valablement à l'Assistance publique jusqu'à la majorité de l'enfant, les droits de garde, d'éducation, de correction, de gestion du pécule, de consentement au mariage ou à l'engagement dans l'armée.

De la part du Conseil supérieur de l'Assistance publique, on s'était montré favorable à ces contrats et on l'était d'autant plus qu'ils n'étaient point un fait nouveau pour l'Assistance publique. De tout temps à Paris, celle-ci avait pratiqué à bureau ouvert, l'admission des enfants présentés par leurs parents au rang des enfants assistés. Elle obtenait sur eux, conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849, les droits de tutelle. Que les départements suivent les prescriptions des lois des 17 juillet 1866 et 10 août 1871 qui leur donnent le droit de régler le service des enfants assistés et adoptent également cette admission à bureaux ouverts, et le résultat sera atteint.

Au dernier moment, le Conseil supérieur abandonna ces idées en présence du projet préparé par le Conseil d'Etat, qui lui avait été communiqué officieusement. Ce corps s'était déclaré nettement opposé au projet du gouvernement, en ce qui concerne le contrat de dessaisissement : il rejetait complètement de son projet la première partie du titre II actuel.

Il n'est pas possible logiquement, disait-il, d'admettre qu'une disposition légale vienne dispenser les parents de l'obligation qui leur est imposée par le Code civil. Pour aucune raison la puissance paternelle ne doit être mise dans le commerce ; les fonctions attribuées au père ne

peuvent être abdiquées par un contrat. Ensuite, comment constatera-t-on l'impossibilité que le père aliène ? Les parents honnêtes, eux-mêmes, sont incapables d'apprécier s'ils ont fait les derniers efforts après lesquels se traduira l'impossibilité. Si au contraire ce sont des parents indignes, ils chercheront par tous moyens de se décharger d'un poids qui leur pèse. Le juge de paix qui est appelé à statuer en dernier lieu, aura-t-il tous les éléments d'appréciation ?

On a supprimé, disait encore le Conseil d'Etat, les tours pour les nouveaux-nés et on ouvrirait ainsi toutes les portes de l'Assistance publique ; ce résultat serait choquant. On proclamerait cette suprême injustice, que les contribuables, les citoyens qui supportent toutes les charges nationales, seraient en outre forcés d'élever à leurs frais les enfants de tous ceux qui sont des non-valeurs sociales ? Ce serait pour procéder à ce renversement de tous les principes qu'on imposerait de nouvelles charges aux populations.

Ces raisons très puissantes ébranlèrent les convictions de la commission parlementaire : le projet fut modifié en ce sens et adopté par les Chambres.

La loi a organisé le dessaisissement judiciaire de la puissance paternelle, en l'entourant de sérieuses garanties. Si l'exercice de ces droits abandonnés par les parents peut être délégué à des particuliers, ces droits sont eux-mêmes dévolus nécessairement à l'Etat. La raison de cette dévolution est que l'Etat personnifie l'intérêt social. Ce sont là les pensées qui ont inspiré le titre I de la loi. C'est encore à l'Assistance publique, organe et représentant de l'Etat, que le tribunal devra déléguer les droits ainsi délaissés et c'est seulement l'exercice de ces droits

qui pourra être par lui confié à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant.

Il y a une différence du tout au tout entre le dessaisissement que l'on avait primitivement proposé et celui qui a été admis dans la loi de 1889. Le premier autorisait le père à contracter valablement sous la simple surveillance du juge de paix ; cette prérogative a disparu ; l'autorité judiciaire peut seule dans la personne du tribunal civil déléguer les droits de puissance paternelle.

Passons à l'examen des articles.

§ 2. — *Examen détaillé du titre II.*

Deux cas doivent être distingués : ou bien les enfants sont placés par leurs parents ou bien ils sont recueillis sans leur intervention.

Le premier cas est régi par l'article 17 : « Lorsque des
« administrations d'assistance publique, des associations
« de bienfaisance autorisées à cet effet, des particuliers
« jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de
« mineurs de seize ans, que des pères et mères ou tuteurs
« autorisés par le conseil de famille leur ont confiée, le
« tribunal du domicile de ces pères et mères ou tuteurs
« peut à la requête des parties intéressées, agissant con-
« jointement décider qu'il y a lieu dans l'intérêt de
« l'enfant, de déléguer à l'Assistance publique les droits
« de puissance paternelle abandonnés par les parents et
« de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement
« ou au particulier gardien de l'enfant. »

Les parents peuvent confier des mineurs de seize ans avec autorisation du conseil de famille soit à des administrations d'assistance publique, soit à des associations privées et autorisées, soit enfin à des particuliers jouissant de leurs droits civils. Ce qui étonne au premier

abord, c'est de voir l'acception différente que le texte donne aux deux expressions : Assistance publique et administrations d'Assistance publique. En réalité il y a une différence énorme entre les deux choses : l'Assistance publique d'après la loi de 1889 est le représentant de l'Etat, l'Etat lui-même. L'administration d'Assistance publique est un hospice, un asile, un bureau de bienfaisance, qui recueillant un enfant se trouvent vis-à-vis de lui comme un établissement privé. Les droits restent toujours dévolus à l'Assistance publique et l'exercice de ces mêmes droits est confié à l'administration d'Assistance publique.

Pour la première fois, la loi exige que les associations privées de bienfaisance soient autorisées à cette fin. Cette innovation est due au conseil supérieur de l'Assistance publique. Quant aux particuliers, c'est bien le moins que la loi exige d'eux la jouissance de leurs droits civils.

Supposons un enfant placé dans les conditions indiquées : le tribunal, à la requête des parties intéressées agissant conjointement, peut déléguer à l'Assistance publique partie des droits de la puissance paternelle. Les parties intéressées sont les personnes charitables, le père et l'enfant ; elles doivent présenter conjointement leur demande qui est introduite devant le tribunal du domicile des pères et mères ou tuteurs : c'est une application du droit commun. Le tribunal n'est pas tenu de faire droit à la requête, « le tribunal peut.... décider qu'il y a « lieu... » Le texte est formel. Mais s'il accorde le bénéfice des conclusions de la requête, il doit s'inspirer de l'intérêt de l'enfant : l'obligation lui en est imposée par la loi elle-même.

Que déléguera le tribunal ? « les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents. »

Cette partie de l'article a été l'objet de vives discussions : le projet du gouvernement et celui du conseil supérieur de l'Assistance publique étaient sur ce point ainsi conçus : « Les droits ainsi délégués ne peuvent s'étendre à d'autres droits qu'à ceux de garde, d'éducation, de correction, de gestion du pécule de l'enfant, de consentement à l'engagement volontaire. »

La commission parlementaire en avait proposé la suppression. Si on admet cette restriction, que restera-t-il au père de famille quand le dessaisissement aura eu lieu ? Il ne subsistera que le droit d'administration légale, de jouissance des biens autres que ceux qui composent le pécule, le droit de consentir à l'adoption, le droit de consentir à l'émancipation et au mariage.

Pourquoi vouloir retenir ces droits au profit du père ?

Il vaut mieux laisser au père le droit d'arbitrer en pleine connaissance de cause les attributs dont il entend faire l'abandon et ne pas l'enserrer dans des restrictions inutiles et même dangereuses. Ces raisons ont convaincu les Chambres qui ont alors voté la suppression de ce paragraphe.

Le père en s'adressant au Tribunal indique les droits dont il veut se dessaisir : le tribunal appréciera si le dessaisissement est suffisant. Mais il ne pourrait le faire porter sur des droits réservés. Ce serait créer une déchéance partielle, ce qu'il n'a pas le droit de faire.

L'article 17 § 2 apporte une légère modification aux principes du droit civil. Elle s'explique par des considérations de fait d'une puissance extrême : Si les parents ayant conservé le droit de consentement à mariage, refusent de l'accorder conformément à l'article 148 du Code civil, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal qui donne ou refuse son consentement, les

parents entendus ou dûment appelés dans la chambre du conseil.

L'article 18 mentionne des règles de procédure : il ne comporte aucun commentaire. Le tribunal se réunit en chambre du conseil ; son jugement est rendu en audience publique ; le ministère public est entendu. Le jugement n'est prononcé que lorsque les pères et mères ou tuteurs ont été appelés et qu'ils ont été mis en présence des particuliers ou des représentants des associations ou de l'Assistance publique.

§ 3. — *Mineurs placés sans l'intervention des parents.*

Les articles 19 et 20 règlent la situation de ces mineurs.

Quelles sont les catégories d'enfants auxquelles s'applique l'article 19 ? Le texte de la loi de 1889 répond d'une façon générale :... « les mineurs de 16 ans recueillis sans l'intervention des pères et mères ou tuteurs. » Une petite modification de texte a été apportée aux projets : le conseil d'Etat appelait ces mineurs, mineurs abandonnés ; le conseil supérieur et le gouvernement, mineurs moralement abandonnés ; la commission du Parlement proposa de supprimer cette dernière épithète qui bien qu'exacte était inutile, puisque la loi entière et les propositions précédentes avaient défini la catégorie des mineurs que ce titre plaçait sous sa protection.

Cependant l'expression employée par le conseil d'Etat était sujette à critique : elle laissait supposer qu'on créait ainsi une loi en faveur des enfants abandonnés. C'eût été une erreur ; car les enfants abandonnés sont régis par les dispositions de la loi du 15 pluviôse an XIII,

du décret du 19 janvier 1811 et de la loi du 10 janvier 1849.

Parmi les enfants visés par notre article, il s'en trouvera un certain nombre qui rentreront dans les catégories définies par le décret de 1811, mais la majorité des enfants ainsi recueillis seront ceux que les hospices dépositaires ne reçoivent pas, soit que les parents n'aient point disparu complètement, soit qu'ils aient encore des ascendants, soit qu'ils aient dépassé un certain âge, soit même qu'ils soient légitimes. Les hospices se montrent rigoureux pour l'admission en raison des difficultés budgétaires d'abord et pour ne pas relâcher les liens de famille ensuite.

L'article 19 ne comprend donc pas seulement les enfants abandonnés au sens légal du mot, mais encore les moralement abandonnés, c'est à dire ceux que les parents par suite de circonstances dépendant ou non de leur volonté laissent dans un état habituel de mendicité, de vagabondage ou de prostitution.

Dans un but louable et facile à saisir, l'article 19 ordonne que toute personne qui aura recueilli un enfant, devra dans les trois jours en faire la déclaration au maire de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant sera trouvé, et à Paris au commissaire de police, à peine d'une amende de cinq à quinze francs. En cas de récidive dans l'année, l'article 482 (C. p.) est applicable, sans préjudice dans l'un et l'autre cas des dispositions finales de l'article 463 (C. p.)

Les maires ou les commissaires de police à Paris doivent à leur tour transmettre ces déclarations au préfet de police ou aux préfets des départements, dans un délai de quinzaine ; ces déclarations, dans un nouveau délai de

quinzaine, seront notifiées aux parents au cas où ils seront connus.

Si un délai de trois mois s'est écoulé depuis le jour où l'enfant est recueilli sans que les parents l'aient réclamé, en fait l'enfant est délaissé. En présence de l'abandon réel des parents, la loi établit contre eux une présomption d'indignité ou d'incapacité : de droit la puissance paternelle leur est retirée ; elle est confiée à l'Assistance publique subrogée ainsi *de plano* à la famille indigne. Cette dévolution est tellement incontestable, que si après le délai de trois mois les parents viennent à se représenter, ils n'auront pas le droit de reprendre purement et simplement leur enfant. Ils devront en obtenir l'autorisation du tribunal compétent. (Art. 21.)

Le délaissement dont l'enfant a été l'objet, donne à celui qui l'a recueilli droit à une action : à ce simple fait de bienfaisance, se substitue une relation juridique. En effet, cette personne, le délai de trois mois expiré, peut s'adresser au président du domicile des parents afin d'obtenir que dans l'intérêt de l'enfant l'exercice de tout ou partie de la puissance paternelle lui soit accordé. Le tribunal juge en chambre du conseil, le ministère public entendu. S'il n'attribue que partie des droits de la puissance paternelle au demandeur, par le même jugement il déclare que les autres droits seront dévolus à l'Assistance publique.

Observons que le jugement du tribunal, à l'égard de l'Assistance publique, n'est que déclaratif et non attributif.

L'article 21 est le pendant des articles 15 et 16, De même qu'aucune déchéance n'est irrémissible, de même aucun abandon d'enfant ne doit être fatal : la loi ne doit pas repousser le repentir et tarir la source de bons sen-

timents. Il se peut que des parents après avoir lâchement abandonné leurs enfants, reviennent à de meilleures pensées et que la voix de la nature se fasse entendre dans leur cœur : devait-on leur refuser le moyen de devenir meilleurs et de remplir leurs devoirs les plus sacrés ? La loi ne l'a pas pensé. Elle leur permet dans les hypothèses prévues et à l'article 17 et à l'article 19, de s'adresser au tribunal pour obtenir que l'enfant leur soit rendu. L'instance s'engage par une requête au tribunal de la résidence de l'enfant. Le tribunal juge en chambre du conseil, le ministère public entendu, après avoir fait appeler la personne à laquelle l'enfant est confié ainsi que toutes personnes qu'il juge utiles. Différentes décisions peuvent intervenir : il peut en premier lieu rendre l'enfant aux parents. Dans ce cas l'obligation de l'article 203 du Code civil qui ne disparaît jamais, doit recevoir une sanction : le tribunal fixe l'indemnité due à celui qui a recueilli l'enfant ou déclare qu'en raison de l'indigence des parents aucune somme ne lui sera allouée.

Le tribunal ne fait pas droit à la requête : deux solutions deviennent alors possibles. Sur les réquisitions du ministère public il peut prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou bien maintenir à l'établissement ou au particulier gardien les droits qui lui ont été conférés par les articles 17 ou 20.

A quelle utilité correspond cette nouvelle déchéance ? Il y a tout lieu de craindre qu'à ce moment le père en présence du refus qu'il a subi, n'use des derniers attributs qui lui restent pour arracher l'enfant à son gardien. Celui-ci peut n'être investi que de certains droits délégués par l'Assistance publique et insuffisants pour résister aux tentatives paternelles ou bien le gardien n'est pas maintenu dans les droits qui lui ont été délégués. Il peut

donc être utile d'anéantir chez le père les derniers vestiges de la puissance paternelle. Mais il y a là une anomalie juridique des plus frappantes.

L'article 20 déclare que si le père ne s'est pas représenté dans les trois mois, les droits autres que ceux que le tribunal a conférés au gardien, appartiennent à l'Assistance publique ; et celle-ci ne fait en quelque sorte qu'une simple délégation à l'égard des droits dont l'exercice en est confié à un gardien. L'Assistance publique est en effet substituée *de plano* à l'autorité paternelle ; cela a été dit formellement lors de la discussion de notre titre.

Cependant l'article 21 suppose qu'une déchéance peut être prononcée contre le père. Comment expliquer cette possibilité ? Nous n'en voyons qu'un moyen : l'Assistance publique n'est appelée à la puissance paternelle qu'à défaut des parents ; on présume qu'ils n'ont plus leur autorité et l'Etat en est attributaire sous condition résolutoire ; si les parents viennent à s'en prévaloir, leur situation normale reparaît et une déclaration de déchéance devient nécessaire contre eux si on veut les en priver.

L'article 21 donne encore lieu à une autre critique : supposons que le père soit repoussé dans sa demande et le gardien maintenu dans ses droits. A qui appartiennent les autres droits de la puissance paternelle ? L'article 20 § 2 répond à l'Assistance publique et l'interprétation de l'article 21 § 4 amène au contraire à décider que ces droits existeront au profit du père seul, sinon l'article 21 serait absurde, puisqu'il permettrait de prononcer la déchéance de droits qui ont disparu. Comment, cependant concilier ces deux textes ?

En cas de remise de l'enfant (art. 21 § 2), le tribunal

fixe l'indemnité due à celui qui en a eu la charge ou déclare qu'à raison de l'indigence il ne lui sera alloué aucune indemnité.

Signalons le dernier paragraphe de l'article 21 qui admet une règle que l'on a repoussée dans le titre I. La demande qui a été rejetée ne peut plus être renouvelée que trois ans après le jour où la décision de rejet est devenue irrévocable.

Pourquoi avoir accordé la faculté d'intenter une nouvelle demande au père qui a délaissé son enfant ; et pourquoi d'autre part avoir refusé cette prérogative au père qui a encouru la déchéance ?

On doit dire, que la déchéance n'est prononcée le plus souvent que pour des faits très graves tombant presque toujours sous l'application de la loi pénale. Au contraire le dessaisissement judiciaire n'implique pas de la part des parents la même faute et la même immoralité : il n'y a le plus souvent dans cette hypothèse qu'à leur reprocher leur paresse ou un défaut d'affection. La misère sera fréquemment la cause de l'abandon. Au surplus, dans le cas de l'article 17, les enfants sont placés avec l'intervention des parents : il eût été trop rigoureux d'enlever après un premier insuccès tout espoir aux parents de voir leurs propres enfants s'asseoir au foyer paternel.

Une autre raison légitime encore cette différence de traitement : le dessaisissement judiciaire qui intervient soit à la requête des parents, soit à leur insu, ne porte et ne saurait porter que sur les enfants objets d'abandon ou envers lesquels les parents se reconnaissent dans l'impossibilité de pouvoir assurer leur éducation. Mais il est admissible que dans une famille l'abandon n'ait lieu qu'à l'égard d'un seul enfant ; ne doit-on pas alors per-

mettre aux parents par tous moyens, de rétablir l'unité de la famille ?

La prérogative de l'Etat, subrogé de droit à la famille, est consacrée par l'article 23 : « Tout enfant confié à des particuliers ou à des associations de bienfaisance dans les conditions de la présente loi, est de droit sous la surveillance de l'Etat représenté dans chaque département par le préfet. Un décret réglera le mode de fonctionnement de cette surveillance. » Des sanctions pénales assez sévères, assureront l'exécution de la loi. Si le préfet apprend qu'un enfant confié, soit à un particulier, soit à une association de bienfaisance, n'est pas entouré des soins que sa situation réclame, il pourra toujours se pourvoir devant l'autorité judiciaire et faire décider que dans l'intérêt de l'enfant, le particulier ou l'association seront dessaisis de tout droit sur ce dernier (art. 23).

Le préfet présentera une requête au tribunal civil : la requête est visée pour timbre et enregistrée gratis (art. 23). Le tribunal statue en chambre du conseil, les parents entendus ou dûment appelés. La connaissance de ces faits a été attribuée à l'autorité judiciaire pour plusieurs raisons. Tout d'abord, on se trouve en présence d'une question d'Etat : le tribunal est naturellement désignée pour la trancher. Mais il ne faut pas en second lieu, que les particuliers ou les associations puissent jamais supposer qu'ils sont à la merci de l'administration qui serait ainsi juge et partie dans sa propre cause.

Les parents doivent être entendus ou appelés (art. 23). Ils sont les premiers intéressés à connaître tous changements survenus dans la situation de leurs enfants, et surtout lorsque le placement aura été fait avec leur intervention. La raison d'être de cette disposition n'apparaît plus autant

quand il s'agit d'enfants placés sans qu'ils aient été consultés. Leur avis ne liera pas le tribunal : le vœu de la loi sera accompli, dès qu'ils auront fourni leurs explications ou été mis en demeure de le faire.

La décision du tribunal peut être frappée d'appel soit par le préfet, soit par le particulier ou l'association, soit par les parents.

Rien de plus juste et de plus juridique que d'accorder au préfet ou aux associations de bienfaisance le droit de faire appel du jugement : ce sont les parties en cause. En est-il de même des parents ? Quelle est leur situation au procès. Ils ne sont qu'appelés, et en outre il n'est pas absolument nécessaire qu'ils aient fourni leurs explications. Dira-t-on qu'ils représentent l'enfant ? Celui-ci est confié à son gardien qui en est le protecteur ; du reste, la décision quelle qu'elle soit, ne doit pas changer leur condition, puisqu'il ne s'agit que de décider si l'enfant restera au gardien actuel ou passera sous la protection de l'Assistance publique. L'appel de la part des parents ne peut s'expliquer que par des raisons de fait très puissantes, il est vrai. Dira-t-on encore que le père peut n'avoir concédé au gardien que partie des attributs de son autorité et qu'il a ainsi pu garder le droit de représenter son fils en justice ? A cela, on peut répondre que si le dessaisissement a eu lieu à l'insu des parents (art. 19) le tribunal décide quels seront les droits que le gardien aura. Il peut l'investir de la puissance paternelle dans son intégrité ; le père n'a plus dans ce cas le droit de représenter son fils en justice et cependant l'appel lui sera encore permis, car l'article 23 ne distingue pas.

L'appel n'est pas suspensif. Les articles 6 et 7 du titre I ne s'appliqueront pas ici, car ils sont déroga-

toires au droit commun. Les délais et les formes de cet appel seront ceux du Code de procédure civile.

« Les représentants de l'Assistance publique, pour
« l'exécution de la présente loi, sont les inspecteurs
« départementaux des enfants assistés, à Paris le directeur
« général de l'Assistance publique. »

On a préféré conférer les attributions qui sont la conséquence de la présente loi, à des fonctionnaires pris individuellement. Un fonctionnaire unique et responsable saura mieux surveiller le placement des enfants et exercer les retraits.

L'article 25 de la loi règle les questions d'ordre financier. Aux termes de l'article 26, la loi est applicable à l'Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion.

CHAPITRE XVIII

De l'Assistance publique en France.

Quelques mots sur l'organisation de l'Assistance publique en France sont nécessaires pour compléter l'étude de la loi du 24 juillet 1889, qui dans un certain nombre de ses dispositions ordonne d'y recourir. Si un enfant dont les parents sont déclarés déchus, n'est pas recueilli par un tuteur de droit commun, il est placé de droit sous la tutelle de l'assistance publique, conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849. De même, l'Assistance publique est appelée à exercer un contrôle de tous instants sur les enfants placés avec ou sans l'intervention de parents (art. 24). L'étude de la loi du 24 juillet 1889 ne serait donc pas complète sans un chapitre spécial consacré à l'Assistance publique en France.

Elle existe dans notre pays depuis longtemps : son organisation est trop étroite, trop limitée, il est vrai ; mais elle n'en existe pas moins depuis l'an XIII.

La France est restée longtemps stationnaire et en 1889 elle avait été devancée dans la voie des réformes par la plupart des nations européennes.

Trois dispositions législatives réglementent l'assistance publique dans notre pays : la loi du 15 pluviôse an XIII, relative à la tutelle des enfants admis par les hospices, le décret du 19 janvier 1811 qui concerne les enfants trouvés ou abandonnés et les orphelins pauvres, la loi du 5 mai 1869 qui a trait aux dépenses du service des enfants assis-

tés. A Paris, une loi spéciale du 10 janvier 1849, a organisé l'Assistance publique.

L'article 1^{er} de la loi de pluviôse est ainsi conçu :
« Les enfants admis dans les hospices à quelque titre et
» sous quelque dénomination que ce soit, seront sous la
« tutelle des commissions administratives de ces mai-
« sons, lesquelles désigneront un de leurs membres pour
« exercer, le cas échéant, les fonctions de tuteur et les
« autres formeront le conseil de tutelle. »

La tutelle est conférée de droit sur tout enfant admis dans l'hospice à quelque titre que ce soit. La loi de pluviôse an XIII était très large, puisqu'elle ne tenait pas compte de l'existence des parents, mais de ce simple fait que l'enfant est recueilli, à quelque titre que ce soit. Son champ d'application a été considérablement restreint par le décret du 19 janvier 1811 et une instruction ministérielle du 8 février 1823, qui, sans aucune valeur légale, est suivie constamment en pratique.

Le titre I du décret du 19 janvier 1811 dans son article premier s'exprime ainsi : Les enfants dont l'éducation est confiée à la charité publique sont : 1^o les enfants trouvés, 2^o les enfants abandonnés, 3^o les orphelins pauvres.

Les enfants trouvés sont ceux qui, nés de père et de mère inconnus, ont été trouvés exposés dans un lieu quelconque ou portés dans les hospices destinés à les recevoir. Sont abandonnés les enfants qui, nés de père ou de mère connus et d'abord élevés par eux ou par d'autres personnes à leur décharge, en sont délaissés, sans qu'on sache ce que les père et mère sont devenus ou sans qu'on puisse recourir à eux. Enfin les orphelins sont ceux qui, n'ayant ni père ni mère, n'ont aucun moyen d'existence.

Le décret de 1811 dans ses articles 14 et 15 place ces

trois catégories d'enfants sous la protection des hospices. Quant à la circulaire de 1823, elle décide qu'aucun enfant abandonné ne peut être recueilli dans un hospice comme enfant assisté, s'il a dépassé sa douzième année.

L'Assistance publique en raison des difficultés pécuniaires qui surgirent, dut se montrer assez rigoureuse pour les admissions et parer au plus utile. Bientôt les hospices ne reçurent que les enfants trouvés, ou orphelins pauvres, ou abandonnés, sous la réserve que ni les uns ni les autres n'eussent dépassé l'âge de douze ans.

Les commissions hospitalières exercent la tutelle : celle-ci s'ouvre comme si les parents étaient décédés. Elle dure jusqu'à la majorité ou l'émancipation (art. 3. L. de pluviôse an XIII). Un seul membre de la commission exerce les fonctions de tuteur, les autres forment le conseil de tutelle (art. 15. D. 1811).

A Paris, la loi du 10 janvier 1849, a apporté une modification sur ce point. L'administration de l'Assistance publique a bien un conseil de surveillance émettant son avis sur des points déterminés limitativement, mais il n'administre pas. Le directeur reste donc seul sans conseil de famille et exerce par la force des choses le pouvoir de père pendant le mariage (art. 3).

La tutelle de la loi de l'an XIII n'est pas à vrai dire une véritable tutelle : c'est plutôt une délégation de la commission. Les travaux préparatoires de la loi dissipent toute incertitude à cet égard ; et l'article 1^{er} de la loi de pluviôse ne distingue pas entre enfants légitimes et enfants naturels.

Quelle est l'étendue des droits conférés à la commission ? Elle jouit des droits de garde, de correction, d'éducation, d'émancipation, de jouissance légale. (Art 7.)

Si l'enfant décède avant sa sortie de l'hospice ou sa majorité ou son émancipation, ses biens appartiennent en propriété à l'hospice. Des héritiers peuvent se présenter, ils ne pourront répéter les fruits que du jour de la demande. La loi de pluviôse n'anéantit donc pas complètement les liens de famille, puisqu'un droit réciproque de succession subsiste encore. Au cas où les héritiers réclament l'hérédité, ils sont tenus d'indemniser l'hospice des dépenses faites au profit de l'enfant, sauf de la part de l'hospice à faire état des sommes perçues à titre de revenus. Le droit de correction qui est un corollaire du droit de garde, appartient à l'hospice.

Le droit de garde pourrait être mis en échec par une réclamation de la part des parents. On admet en pratique cet usage auquel les hospices ne dérogent jamais : on ne divulgue pour aucune raison aux parents l'endroit où leur enfant est placé en apprentissage et on ne les autorise pas à le visiter quand ils sont dans l'établissement. Les enfants ne restent en effet à l'hospice que jusqu'à l'âge de douze ans. A ce moment on les place en apprentissage, les garçons chez les laboureurs ou artisans, les filles chez des ménagères, des couturières ou autres ouvrières, ou dans des fabriques ou manufactures. (Art. 17, D. 1811.)

Les commissions des hospices peuvent émanciper leurs pupilles : à cet égard, elles ont les mêmes droits que ceux conférés au père d'après le Code civil. L'émancipation sera faite, sur l'avis des membres de la commission administrative, par celui d'entre eux qui aura été désigné tuteur et qui seul sera tenu de comparaître devant le juge de paix.

Lorsqu'un enfant assisté veut contracter mariage, la commission administrative l'autorise par délibé-

ration (1). Dans certaines villes on exige même la comparution du tuteur à l'acte de célébration du mariage.

Les biens des enfants sont assimilés aux biens de l'hospice : c'est le receveur qui en a la charge, sans cependant que les biens personnels de ce comptable soient passibles d'une hypothèque légale (art. 5). La garantie de cette tutelle consistera dans son cautionnement. L'hospice se paie sur les revenus de l'enfant ; le surplus doit être placé dans les monts-de-piété ou à la caisse d'amortissement. (Art. 6 loi de pluviôse.)

Les droits de puissance paternelle sont-ils éteints ? Les parents peuvent-ils venir réclamer leurs enfants ? Oui évidemment, car aucune déchéance n'a été prononcée contre eux. Les résultats peuvent être fâcheux, mais le moyen de résister à la demande en retrait n'existe pas ; l'article 21 du décret de 1811 décide au contraire formellement que les parents peuvent réclamer leurs enfants ; il n'est rien changé aux règles relatives à la reconnaissance et à la réclamation des enfants trouvés et abandonnés ; mais avant d'exercer aucun droit, les parents devront, s'ils en ont les moyens, rembourser toutes les dépenses faites par l'administration publique ou par les hospices et dans aucun cas, un enfant dont l'Etat aura disposé, ne pourra être soustrait aux obligations qui lui ont été imposées.

C'est au préfet du département qu'il appartient d'après la circulaire ministérielle de 1823, de faire l'enquête sur la situation pécuniaire des parents et les garanties de moralité qu'ils offrent.

Les parents doivent au surplus indiquer toutes les circonstances de l'abandon, afin qu'aucun doute ne soit

(1) Demolombe, VIII. n° 396, p. 277.

possible sur le lien de famille qui existe entre la personne qui réclame et l'enfant. C'est du reste pour ce motif que le décret de 1811 (art. 4), indique que l'on devra rechercher tous les renseignements de nature à pouvoir plus tard prouver d'une façon indubitable l'identité de l'enfant trouvé.

A côté de ces catégories d'enfant nettement déterminées, il s'en trouve une autre à l'égard de laquelle on a songé à prendre depuis 1881 des mesures efficaces de protection : c'est celle des enfants moralement abandonnés. Nous les avons définis dans le cours de cette étude.

Conformément au vœu du conseil municipal de Paris, M. Quentin, le directeur de l'Assistance publique, présentait il y a quelques années un rapport au Conseil général de la Seine, tendant à créer l'assistance au profit des enfants délaissés ou maltraités et appelés par l'administration moralement abandonnés. Jusque là, l'Assistance publique n'avait secouru que les enfants rentrant dans les catégories du décret de 1811. On l'avait étendue aux filles-mères, afin de prévenir les abandons et les infanticides ; on n'était pas allé plus loin. Grâce à la générosité du Conseil général, l'Assistance publique fut autorisée à recueillir un certain nombre d'enfants qui chaque année sont conduits dans les maisons de correction (art. 66 P.) ; six cents enfants furent ainsi reçus ; puis on étendit peu à peu le bénéfice de cette assistance à d'autres enfants moralement abandonnés.

En pratique on fit signer aux parents un contrat de placement pour les enfants que l'on envoya en groupe chez les industriels, ou de simples particuliers. Les résultats obtenus ont été excellents. Certains établissements charitables se sont fondés dans ce but : nous citerons l'école d'ébénisterie des pupilles de la Seine à Monthévrin et l'école d'horticulture de Villepreux.

Le service de l'Assistance fondé sur ces bases commença à fonctionner à Paris en 1881, avec un personnel de 1800 enfants. Il s'est augmenté tous les ans.

Un inconvénient existait : le contrat signé par les parents était souvent déchiré par eux et les enfants retirés. La loi de 1889 fait cesser ce danger, en même temps qu'elle généralise à toute la France le service qui s'était organisé dans le département de la Seine.

A côté de cette Assistance publique, un grand nombre d'associations privées se sont fondées tendant toutes au même but : la protection de l'enfance contre les abus de l'autorité paternelle.

Nous signalerons parmi ces sociétés privées : la Société générale de protection pour l'enfance abandonnée, fondée par M. Bonjean ; la Société générale des prisons, dont une section s'occupe spécialement de l'éducation correctionnelle, l'École rurale Crozatier située à Villepreux, la colonie pénale d'Orgéville fondée par M. Bonjean, la Société de l'Union française présidée par M. Jules Simon.

Ajoutons que dans les départements, un nombre considérable d'établissements de bienfaisance existe déjà et s'augmente tous les jours (1).

(1) Voici les chiffres donnés par l'enquête faite en France à la demande de la commission sénatoriale nommée en 1881.

Il existe 1.110 associations, œuvres ou établissements de bienfaisance se consacrant à la garde et à l'éducation de l'enfance.

Ces établissements, irrégulièrement répartis dans le pays, sont surtout groupés dans les centres industriels et les milieux pauvres.

Il faut ajouter à ces établissements, une quarantaine d'ouvroirs, ouvroirs-asiles et un trop petit nombre d'associations de charité connues sous le nom de sociétés de patronage et de sociétés de protection de l'enfance.

(Voir pour plus amples détails le rapport de M. le député Ger-ville-Réache.) *J. O.* 1884. nov. Chambre. Doc. parl. p. 861.

CHAPITRE XIX

Droit comparé.

La commission sénatoriale de 1881 s'était livrée à une enquête minutieuse et approfondie concernant les législations des pays civilisés et les moyens que chacune avait adoptés pour parer aux abus de la puissance paternelle et assurer à l'enfance la protection dont elle a besoin. Les résultats de cette enquête ont paru au *Journal officiel* de 1883 (1) ; nous y avons puisé les quelques notions qui vont suivre.

HOLLANDE

L'article 30 du nouveau Code pénal voté le 3 mars 1881 consacre l'innovation suivante « Hors les cas spéciaux
« prévus dans le livre II, la privation de la puissance
« paternelle, de la tutelle, de la curatelle tant de ses
« propres enfants que d'autres pourra être prononcée en
« cas de condamnation des :

« 1° Parents ou tuteurs qui, *dolo malo*, font participer
« un mineur soumis à leur puissance à un délit quel-
« conque.

« 2° Parents ou tuteurs, qui au préjudice d'un mineur
« soumis à leur puissance commettent un des délits
« prévus par les articles 12, 14, 15, 18, 19 et 20 du
« livre II. »

(1) *J. Off. Sénat* 1883. Annexes, p. 583 et suivantes.

SUISSE

D'après l'article 280 du Code civil (1854), l'autorité paternelle est enlevée au père qui néglige ses devoirs vis-à-vis de ses enfants mineurs, et ces derniers ainsi que la fortune qu'ils pourraient posséder sont placés sous tutelle.

La loi pénale prévoit certaines infractions commises par les parents : le paragraphe 112 (C. p. de 1871) punit d'une amende de 1 à 15.000 francs et d'un emprisonnement de 8 jours à cinq ans, les parents ou les parents adoptifs, qui négligent grossièrement leurs devoirs envers leurs enfants ou ceux qui leur sont confiés. Lorsque la tutelle paternelle est insuffisante, ou lorsque les parents oublient leurs devoirs d'une façon manifeste, le § 318 permet de nommer un tuteur ou un curateur. Dans chaque district se trouve un conseil des orphelins (Waisenamt) qui a le droit, le père entendu, de prononcer la déchéance. Le père a six semaines pour interjeter appel de cette décision devant le tribunal.

Le paragraphe 257 du Code civil donne le droit aux autorités tutélaires d'intervenir chaque fois qu'une plainte leur est adressée ou que les droits ou les intérêts de l'enfant sont en danger sérieux à raison de la négligence des parents. Après avoir entendu ceux-ci, le conseil de famille et l'instituteur de la classe fréquentée par l'enfant, les autorités peuvent prendre les mesures nécessaires et le cas échéant ordonner la mise sous tutelle des enfants. Le conseil communal peut, dès qu'il a connaissance d'un cas qui exige une tutelle, nommer de son chef un tuteur provisoire et proposer au conseil de district sa nomination définitive (§ 320).

Signalons que le rôle du tuteur suisse n'est pas le même

que chez nous : il doit servir de père à l'enfant et ne pas s'intéresser seulement à sa fortune, mais encore à son éducation. Il doit lui faire apprendre une profession conforme à ses aptitudes et en harmonie avec ses ressources (§ 341).

ANGLETERRE

La législation anglaise est très soucieuse des intérêts de l'enfance. Dans ce pays un grand nombre de sociétés, favorisées par la loi, se sont fondées pour arracher les mineurs au vice et à la misère.

Au point de vue qui nous occupe, disons de suite que la loi anglaise enlève sans aucune hésitation une partie des droits de puissance aux parents qui s'en montrent indignes. L'article 14 de l'act du 10 août 1866 est le siège principal de la matière :

« Toute personne peut amener devant deux juges ou un « magistrat tout enfant paraissant âgé de moins de « 14 ans rencontré dans une des conditions suivantes :

« S'il est trouvé mendiant ou recevant l'aumône « ouvertement ou sous prétexte de vendre ou offrir « quelque chose.

« S'il est trouvé délaissé, errant sans aucun foyer ni « demeure fixe, ni gardien propre, ni moyen d'existence « apparent.

« S'il est trouvé délaissé, soit qu'il soit orphelin ou « qu'il ait son père ou sa mère subissant la servitude « pénale ou l'emprisonnement.

« S'il fréquente la compagnie de voleurs notoires.

« Les juges ou le magistrat devant lesquels un enfant « dans l'une de ces conditions est conduit, s'ils recon- « naissent expédient de lui appliquer le présent act, « peuvent ordonner qu'il soit envoyé dans une école « industrielle certifiée. »

Si un père néglige d'envoyer son enfant à l'école et que celui-ci soit rencontré par ce qu'on appelle en Angleterre un bedeau d'enfants (*boy beadles*), il est conduit au magistrat qui décide que l'enfant sera placé dans une école industrielle.

ALLEMAGNE

La loi allemande a depuis quelques années apporté de graves modifications aux principes de la puissance paternelle.

Deux lois, l'une du 13 mars 1878, l'autre du 14 juillet 1878, ont consacré cette réforme, caractérisée par la création d'un tribunal de tutelle composé d'un juge unique, qui depuis le 1^{er} octobre 1879 est le juge de paix (*Amtsrichter*).

L'autorité pourra intervenir, si en présence d'un acte commis par l'enfant et après avoir considéré le milieu dans lequel il vit, il y a lieu de craindre qu'il ne soit conduit à une plus grande dépravation morale. Le juge de tutelle tranche ces questions, en se basant sur toutes sortes de renseignements qu'il est autorisé à recueillir. L'autorité scolaire, le conseil des orphelins peuvent être entendus : le juge décide alors s'il y a lieu d'ordonner ou non que l'enfant sera placé dans un établissement spécial.

Le conseil des orphelins est chargé de la surveillance, du bien être et de l'éducation des enfants, même durant la vie des parents. Il doit dénoncer toute infraction au Tribunal de tutelle. Mais afin de pouvoir remédier plus vite aux abus, il est également tenu d'informer le Landes-director.

L'éducation forcée finit généralement à dix-huit ans.

L'article 23 de la loi du 25 juillet 1879, applicable à la

ville de Hambourg permet à tous parents, amis ou autres de dénoncer les mauvais traitements que les pères et mères pourraient exercer sur leurs enfants. Les autorités font des représentations aux parents ; si elles ne suffisent pas pour mettre un terme à ces abus, les parents peuvent être privés de la puissance paternelle. (Art. 62.)

AMÉRIQUE

L'initiative privée a organisé une véritable guerre à la mendicité, au vagabondage et à la misère. La législation n'a pas tardé à se mettre au niveau de la charité privée.

C'est dans les Etats de New-York et du Massachussets que les sociétés de bienfaisance ont la plus grande vitalité.

Dans l'Etat de New-York, deux lois ont assuré la prospérité de ces institutions, l'une ayant pour but d'assurer aux enfants l'éducation élémentaire, l'autre concernant le *New-York Juvenile Asylum*. Au point de vue qui nous intéresse plus particulièrement, signalons le § 2 de l'article 1^{er} de la loi du 22 avril 1853.

« Si un policeman rencontre un enfant paraissant avoir moins de quatorze ans, errant ou vagabond, sans profession légale, il l'amène devant le juge du district. Celui-ci peut imposer aux parents de s'engager par écrit auprès des notabilités constituées, à empêcher l'enfant de vagabonder, à le garder chez eux occupé à un travail légal et à l'envoyer à l'école au moins quatre mois par an jusqu'à l'âge de 14 ans. Au cas d'infraction, une peine d'amende de cinquante dollars au minimum pourra être prononcée. »

Les explications qu'on a données plus haut, dispensent de revenir plus longuement sur l'étude de l'organisation du *New-York juvenile Asylum*. Au point de vue

juridique la loi américaine admet le dessaisissement par contrat de la puissance paternelle.

PORTUGAL

Le législateur portugais, qui paraît s'être beaucoup inspiré dans la sphère du droit civil et pénal des règles prescrites dans notre Code civil et notre Code pénal, a adopté cependant une autre méthode pour protéger l'enfant contre les abus de l'autorité paternelle. D'après l'article 42 du Code pénal portugais, les tribunaux jugeant correctionnellement ont le droit d'enlever au prévenu tout ou partie de l'exercice de ses droits civiques. Dans l'énumération de ces droits figurent les droits de la puissance paternelle. Une simple extension de l'article 42 suffit donc pour réaliser le but poursuivi. (*J. off.*, 1881. Sénat. Doc. parl., page 865.)

RUSSIE

On s'est placé dans ce pays à un point de vue absolument différent de celui des autres pays : on s'est borné à poser en principe que la déchéance de la puissance paternelle devait avoir lieu comme conséquence de toutes condamnations criminelles, qui mettent le père dans l'impossibilité de l'exercer et spécialement de celles qui entraînent la déportation en Sibérie. Il y a là quelque chose d'analogue à l'interdiction légale. La puissance paternelle passe également de plein droit à la mère, comme en Hollande, lorsque le père a abandonné la religion orthodoxe et aussi lorsqu'il est convaincu d'une indignité analogue à celle prévue par l'article 444 de notre titre des tutelles, et résultant soit de son immoralité, soit de la brutalité de son caractère. Il faut ajouter que si le père tombe en faillite ou que s'il est condamné

comme prodigue, il peut être privé spécialement de l'administration des biens de ses enfants.

La loi suivie en Pologne se rapproche beaucoup, cela va de soi, de celle suivie en Russie, mais c'est dans les cas de destitution de la tutelle spécifiés par l'article 444, que le législateur polonais a principalement trouvé les motifs propres à justifier les restrictions du droit de puissance paternelle. (*J. Off.*, 1883. Sénat. Doc. parl., p. 866.

ITALIE

En Italie, le nouveau Code accorde au président du Tribunal le droit d'exercer une sorte de pouvoir disciplinaire sur l'autorité paternelle. Pour organiser plus fortement encore la mise en œuvre de ce pouvoir, on a eu recours à l'institution d'un tribunal de famille, déjà imaginé par les lois de la Révolution et qui a été investi d'une action préventive et de contrôle, en vertu de laquelle il lui est permis de solliciter du président toutes les mesures que réclame l'intérêt de l'enfant, y compris même son éloignement temporaire de la maison paternelle. Le tribunal peut prononcer ensuite, s'il y a lieu, la déchéance de la puissance paternelle et déclarer la tutelle ouverte (*J. off. loco citato*).

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Les servitudes ne peuvent pas être constituées par pactes ou stipulations.

II. Le mariage en droit romain, se forme *solo consensu* entre époux présents ; en cas d'absence du mari, il faut de plus, une sorte de tradition de la femme ; si la femme est absente, le mariage ne peut se réaliser.

III. Originellement, il semble probable que l'hypothèque ne conférait au créancier que le droit de se faire mettre en possession de la chose et de la retenir jusqu'à ce qu'il eût été payé.

IV. Celui à qui l'on a fait tradition d'une chose pour en devenir propriétaire sous condition suspensive a *pendente conditione* la *possessio ad interdicta*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. La faculté accordée par l'article 656 à tout copropriétaire d'un mur mitoyen de se dispenser de contribuer aux réparations ou reconstructions du mur en renonçant à son droit de mitoyenneté, s'applique même au cas où, dans les villes et les faubourgs, un propriétaire veut contraindre son voisin à contribuer à la construction

d'un mur séparatif de leurs propriétés respectives : ce voisin peut s'affranchir d'une telle obligation en abandonnant, sur la limite de son fonds, la moitié du terrain pour la construction du mur.

II. Sous le régime dotal, la dot mobilière est inaliénable.

III. Sous le régime de communauté légale, les donations prohibées par l'article 1422, deviennent valables, quand elles sont faites par le mari avec le concours de la femme, c'est à dire par le mari et par la femme conjointement, ou même par le mari avec la simple adhésion de la femme.

IV. En matière de vente d'animaux domestiques, on peut convenir que le vendeur sera garant d'autres vices cachés que ceux contenus dans l'énumération de la loi du 2 août 1884. On peut même convenir que le vendeur ne sera tenu d'aucune garantie.

PROCÉDURE CIVILE

I. La signification à personne ou à domicile, ne fait pas courir le délai d'appel. si elle n'a pas été précédée de la signification à avoué.

II. La condamnation aux dépens comprend les droits d'enregistrement dans le cas où le jugement a été la cause génératrice de la perception de ces droits : elle ne les comprend point lorsque le jugement n'en a été que la cause occasionnelle.

III. L'article 143 P. c. n'a pas pour objet de limiter à la durée de vingt quatre heures le délai pendant lequel l'avoué adverse est recevable à former opposition.

DROIT CRIMINEL

I. L'emploi de faux noms ou de fausses qualités pour se faire remettre des fonds ou marchandises ne constitue le délit d'escroquerie qu'autant qu'il y a eu de la part du prévenu intention frauduleuse.

II. La disposition de l'article 1^{er} de la loi du 26 mars 1891 qui autorise les juges, en cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende d'un individu n'ayant subi aucune condamnation à la prison pour délit de droit commun, à ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de la peine, s'applique aux infractions prévues par les lois spéciales sauf exception pour les contraventions fiscales. Elle s'applique notamment aux délits de chasse.

Vu par le Président de la thèse

Nancy, le 9 janvier 1892.

PAUL LOMBARD.

Vu par le Doyen,

Nancy, le 11 janvier 1892.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR,

M. MOURIN.

TABLE

	PAGES
BIBLIOGRAPHIE.	3
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I. — De la notion de la puissance paternelle .	15
CHAPITRE II. — De la <i>patria potestas</i>	19
CHAPITRE III. — Des droits accordés au pater	26
§ 1. — Le pater chef des <i>sacra privata</i> . .	28
§ 2. — Le pater a le droit absolu sur le patrimoine.	30
§ 3. — Le pater a le droit absolu sur la per- sonne des enfants.	30
CHAPITRE IV. — Des causes de la déchéance paternelle en droit romain	36
§ 1. — Perte du droit de cité.	37
§ 2. — Autres causes de déchéance. . . .	39
CHAPITRE V. — De la puissance paternelle dans l'ancien droit français	42
I ^{re} SECTION. — Pays de droit écrit.	46
II ^e SECTION. — Pays de droit coutumier.	52
CHAPITRE VI. — Des causes de la déchéance paternelle dans les pays de droit écrit et de droit coutumier . .	58
CHAPITRE VII. — Droit intermédiaire.	62
CHAPITRE VIII. — Droit civil	65
I ^{re} SECTION. — De la puissance paternelle <i>stricto</i> <i>sensu</i>	69
§ 1. — Du droit d'éducation	70
§ 2. — Du droit de garde	70
§ 3. — Du droit de correction	71
§ 4. — Du droit de jouissance légale . . .	73
§ 5. — Du droit d'administration légale . .	76
II ^e SECTION. — De la puissance paternelle <i>lato sensu</i> .	79

CHAPITRE IX. — Causes de la déchéance de la puissance paternelle sous l'empire du Code civil.	80
I ^{re} SECTION. — Condamnation encourue par les père et mère par application de l'article 334 du Code pénal	82
II ^e SECTION. — Condamnation à la mort civile avant la loi du 31 mai 1854	89
III ^e SECTION. — Condamnation à des peines criminelles	90
IV ^e SECTION. — Abus de jouissance de l'usufruitier légal	92
V ^e SECTION. — Cas où le survivant des époux n'a pas fait dans le délai légal, ou de prorogation, qu'il a obtenu, l'inventaire des biens communs, prescrit par l'article 1442 C. c.	94
VI ^e SECTION. — Convol du survivant	95
VII ^e SECTION. — Divorce	97
VIII ^e SECTION. — Les tribunaux peuvent-ils par mesure générale, lorsque les circonstances l'exigent, modifier ou limiter l'exercice de la puissance paternelle, dans l'intérêt de l'enfant	98
IX ^e SECTION. — Appendice spécial à la séparation de corps et au divorce. Modifications aux droits de puissance paternelle, par le jugement ou par l'arrêt qui les prononce	105
CHAPITRE X. — Appréciation du système du Code civil	110
CHAPITRE XI. — Modifications apportées aux principes du Code civil en matière de puissance paternelle antérieurement à la loi du 24 juillet 1889	120
I. — Loi du 22 février 1851 sur le contrat d'apprentissage	120
II. — Loi du 10 mai 1874 sur le travail des enfants et filles mineures employés dans l'industrie.	123
III. — Loi du 7 décembre 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes	125
IV. — Loi du 16 décembre 1874, relative à la protection des enfants du 1 ^{er} âge et en particulier des nourrissons	129
V. — Loi du 9 avril 1881, portant création d'une caisse d'épargne postale.	131

VI. — Loi du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire	132
CHAPITRE XII. — I ^{re} SECTION. — Notions générales sur la loi du 24 juillet 1889.	138
II ^e SECTION. — Historique de la loi du 24 juillet 1889	139
§ 1. — Projet de MM. Th. Roussel, Schœlcher, etc.	140
§ II. — Projet du gouvernement.	143
§ III. — Travaux de la commission parle- mentaire	153
§ IV. — Etude du projet de la commission parlementaire du Sénat	156
§ V. — Le projet de la commission devant la Chambre des députés	159
III ^e SECTION. — Projets soumis à la Chambre depuis 1886.	160
CHAPITRE XII. — 1 ^{re} SECTION. — Economie générale de la loi du 24 juillet 1889	167
II ^e SECTION. — § 1. — Du principe de la déchéance de la puissance paternelle.	168
§ 2. — Première cause de déchéance : condamnation encourue conformément à l'article 334 C. p.	173
§ 3. — Condamnation des pères et mères pour crimes ou délits	173
§ 4. — Etendue de la déchéance encourue <i>de plano</i>	177
III ^e SECTION. — De la déchéance facultative . . .	180
§ 1. — Déchéance facultative au cas de condamnation	183
§ 2. — Déchéance facultative en dehors de toute condamnation	187
§ 3. — A qui appartient l'action en déchéance.	192
CHAPITRE XIV. — Procédure	197
§ 1. — Du tribunal compétent	197
§ 2. — Comment s'introduit l'instance. . . .	199
§ 3. — Des garanties requises	204
§ 4. — Des mesures provisoires	205
§ 5. — Des jugements et des voies de recours dont ils peuvent être l'objet.	206
§ 6. — Conséquences juridiques de la déclara- tion de déchéance	208
§ 7. — Comment la mère sera-t-elle privée de cet exercice ?	221

CHAPITRE XV. — Organisation de la tutelle	216
§ 1. — Tutelle de droit commun.	217
§ 2. — Tutelle de l'Assistance publique	218
CHAPITRE XVI. — § 1. — De la tutelle officieuse.	225
§ 2. — De la restitution de la puissance pa- ternelle	227
CHAPITRE XVII. — § 1. — De la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention de parents	233
§ 2. — Examen détaillé du titre II	238
§ 3. — Mineurs placés sans l'intervention de parents.	233
CHAPITRE XVIII. — De l'assistance publique en France	238
CHAPITRE XIX. — Droit comparé	257
POSITIONS.	265



